

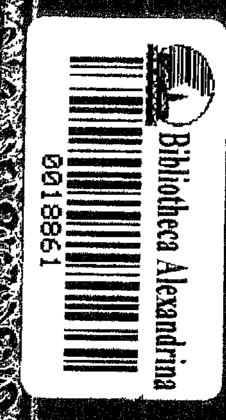
تأليف

برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري
المعروف بالصدر الشهيد المتوفى ٥٣٦ هـ

الجزء الثالث

تحقيق

محيي هلال السرحان









الجمهورية العراقية
وزارة الأوقاف
إحياء التراث الإسلامي

٢٨

كتاب
شرح أدب القاضي
للخصاف المتوفى ٢٦١ هـ

تاليف

برهان الائمة حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري
المعروف بالصدر الشهيد المتوفى ٥٣٦هـ

الكتاب الثامن والعشرون

الجزء الثالث

تحقيق

محيي هلال السرحان

مطبعة الارشاد ـ بغداد
١٩٧٨م / ١٣٩٨هـ

الطبعة الاولى

١٩٧٨م/١٣٩٨هـ

الباب الرابع والثلاثون

في المسألة عن الشهود

[١٢٥ آ]

[الاصل في الناس العدالة]

[٥٤٣] ذكر عن ابراهيم(١) [انه](٢) قال :

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج(٣) .

وهذا الحديث [حجة](٤) لابي حنيفة رحمه الله: أن شهادة المستور حجة ما لم يطعن الخصم في شهادته ؛ لأنه مسلم ، والظاهر من حال المسلم العدالة ، فيجوز البناء(٥) على هذا الظاهر ، مالم يوجد الطعن والجرح في عدالته .

---

(١) ابراهيم : هو ابراهيم النخعي الذى مرت ترجمته والاشارة الى مصادرها في تعليقات الفقرة ٣٩٤ من الجزء الثاني (في الباب الثاني والعشرين) .

(٢) الزيادة من س .

(٣) قول ابراهيم : العدل فى المسلمين من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج .. رواه الحافظ عبدالرزاق عن الثورى عن منصور : قال : قلت لابراهيم : ما العدل من المسلمين ؟ قال : الذين لم تظهر لهم ريبة .. (المصنف ٣١٩/٨ رقم ١٥٣٦١) ورواه البيهقي عن ابراهيم بلفظ قال كان يقال العدل فى المسلمين من لم يظهر منه ريبة (السنن الكبرى : ١٢٤/١٠) وانظر المغني والشرح الكبير (٣٢/١٢) .

(٤) الزيادة من س ك هـ ص ب وقد سقطت من الاصل ومن سائر النسخ .

(٥) ل : البقاء .

ثم خص في الحديث عـدم الطعن في الفـرج والبطن ، وأراد[1] بالطعن في البطن : انه أكل ربا ، او أكل المال المغصوب ، وما أشـبه ذلك • وعدم الطعن في الفرج : انه[2] لا يقال انـه زان ، وما أشـبه [ذلك][3] ، فموضع الطعن فيهما ، ولهما توابع ، فاذا سلم عنهما وعن توابعهما كان عدلا مقبول الشهادة •

ثم هنا شيء آخر لم يذكره صاحب الـكتاب ، وهـو انه اذا كان كاذبا ، هل يكون عدلا ، مقبول الشهادة ، أم لا ؟

قال[4] مشايخنا : لا [يكون عدلا][5] ؛ لان الكذب من جملة الطعن في البطن ، لأن موضعه البطن ، ويخرج منه •

[٥٤٤] ذكر[6] عن عامر[7] قال :

شهادة الرجل جائزة ، ما لم يضرب حدا ، او يعلم منه سخرية في دينه ، او يعلم منه خزية[8] في دينه •

---

(١) ب س : وإراد بعدم الطعن فى البطن انه لا يأكل الربا والمال المغصوب ونحو ذلك وبعدم الطعن • ل : واراد بعدم الطعن انه آكل ربا •

(٢) ص : أن

(٣) الزيادة من ل س هـ ب ص • وفى س : وما اشبه ذلك فقال فى ذلك فوضع الطعن فيهما •

(٤) ف ج م ك : لكن مشايخنا قالوا لا •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) ص وذكر

(٧) عامر : هو عامر بن شراحيل الشعبى الذى مرت ترجمته فـي جـ ١ ص ٢٤١ ضمن تعليقات الفقرة ١٠٦ •

(٨) ص ف ج م : حرمة وقد سقطت من هـ ، ومعنى خزية اى خصلة خزي منها (غريب الحديث لابن قتيبة : ٢/٦٤٧) •

لأن الحد انما يجب بارتكاب ما لا يحل ، فاذا ضرب الحد فقد ظهر منه ارتكاب ما لا يحل[1] ، فتسقط عدالته ، الا ان تظهر توبته [بعد ذلك][2] .

وقوله : خزية[3] في دينه ، اى فساد في دينه ، فانه اذا ظهر منه فساد فى دينه ظهر منه ارتكاب مالا يحل[4] .

قال الشيخ الامام شمس الائمة[5] السرخسي رحمه الله :

الناس لا تخلو[6] عن ارتكاب الصغائر شرعا ، ولا تخلو[7] عن اتيان ما هو مأذون به[8] في الشرع ، فتجعل العبرة به في ذلك للغالب[9].

يريد به في حق الصغائر : فان كان غالب حاله ان يأتى بما هو مأذون به في الشرع ، ويحترز عما لا يحل له [١٢٥ب] في الشرع ، كان[10] جائز الشهادة ، بعد ان كان محترزا عن كل الكبائر[11] .

---

(١) قوله : (فاذا ضرب الحد فقد ظهر منه ارتكاب مالا يحل) سقط من ف ج م هـ .

(٢) الزيادة من س ل ب .

(٣) ف ج م : خرمة .

(٤) من قوله : (فاذا ضرب الحد فقد ظهر منه ...) الى هنا ليس في هـ .

(٥) س ل : شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي . والسرخسي مرت ترجمته في حـ ١ ص ١٨٩ في تعليقات الفقرة ٤٦ .

(٦) س ل : لا يخلون .

(٧) س ل : ولا يخلون .

(٨) ف ج : ماذون له . س : لهم .

(٩) ف ج ب : الغالب . وقول السرخسي تجد ما يشابهه في المعنى فى المبسوط : ١١٣/١٦ ، ١٢١ .

(١٠) س : حتى كان جائز الشهادة .

(١١) ص : عن كل الكبائر والصغائر .

وان كان غالب حاله انه لا يحترز عما لا يحل [له][1] في الشرع لا يكون جائز الشهادة ، وان كان يأتي بالمأذون به[2] شرعا .

[العدالة مبنية على الغالب من افعال الانسان]

[٥٤٥] وذكر المزني[3] في كتابه[4] فقال[5] :

---

(١) الزيادة من ل .

(٢) ل : بالمأذون له .

(٣) المزني : هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني صاحب الشافعي وتلميذه ، وصاحب المختصر المشهور بمختصر المزني ، اثنى عليه الشافعي ، وكان زاهدا ، ورعا عالما ، مجتهدا ، مناظرا ، غواصا على المعاني الدقيقة ، وقد صنف كتابا مفردا على مذهبه لا على مذهب الشـــافعي ، وعده بعضهم ذا مذهب خاص ، على حين جعل بعضهم الآخر آراءه تخريجا على مذهب الشافعي ، ولم يكن كأبي يوسف ومحمد صاحبى ابي حنيفة ، فانهما يخالفان اصول صاحبهما ، وصنف كتبا كثيرة منها : الجامع الكبير، والصغير ، والمنثور ، والمسائل المعتبرة ، والترغيب فى العـلم ، وكتاب الوثائق ، توفى سنة ٢٦٤هـ انظر ترجمته واخباره فى طبقات ابن السبكي: ٩٣/٢ ، الفهرست : ٢١٢ ، مرآة الجنان : ١٧٧/٢ ، مفتاح السعادة : ١٥٨/٢ ، وفيات الاعيان : ١٩٦/١ ، النجوم الزاهرة : ٣٩/٣ ، طبقات الفقهاء للشيرازي : ٧٩ ، طبقات ابن هداية الله : ٥ ، شذرات الذهب : ١٤٨/٢ ، اللباب : ١٣٣/٣ (القدسي) ، الانســـاب : ٥٢٧آ ، العبر : ٢٨/٢ ، تهذيب الاسماء واللغات : ٢٨٥/٢/١ ، بروكلمان (بالالمانية) الاصل : ١٨٠/١ ، والذيل : ٣٠٥/١ ، فؤاد سزكين : ٤٩٢ دائرة المعارف الاسلامية (بالانكليزية) : ٨٥٤/٣ ، هامش آداب الشافعي : ١٣٣ .

(٤) قوله (كتابه) لم يذكر هنا اسم الكتاب وربما كان كتابــه المفرد الذى الفه على مذهبه كما اشرنا ، اما المختصر فسنرى انه قد اشتمل على معنى ذلك الكلام ، وهو من كلام الشافعي رضى الله عنه .

(٥) ك : فيقال . س : قال .

ان كان غالب[1] أفعاله موافقا للشريعة ، ويكون حافظا للمروءة يكون جائز الشهادة[2] .

وحفظ المروءة : أن يحفظ لسانه ، ويخاف [من][3] هتك الستر ؛ لأنه اذا كان بهذه الصفة ، يخاف من ظهور الكذب .

وقال القاضي ابو حازم[4] :

---

(١) ف ج م ك : عامة افعاله .

(٢) قوله وذكر المزنى فى كتابه فقال : ان كان غالب افعاله موافقا للشريعة ويكون حافظا للمروءة يكون جائز الشهادة ذكر المزني فى المختصر من كلام الشافعي قوله : فاذا كان الاغلب على الرجل والا ظهر من امره الطاعة والمروءة قبلت شهادته ، وان كان الاغلب على الرجل والا ظهر من امره المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته (مختصر المزني : ٥/٢٥٦) وهو من كلام الشافعي : (قابل ذلك بما ذكر فى الام للشافعي : ٧/٤٨) وقد شرح الماوردى ذلك مفصلا فى كتاب ادب القاضي ج ٣ (قيد الطبع الفقرة ٤٥٠٢ وما بعدها ، والفقرة ٤٥٣٨ وما بعدها) وكرر ذلك المعنى فى كتابه تسهيل النظر (نسخة مكتبة غوتا الورقة ١٥ آ) وانظر الفصل الذى كتبه في أدب الدنيا والدين في المروءة وشرائطها (ص ٢٩٠-٣١٨) . وقابل ذلك بما ذكره الجصاص عن المزني فى احكام القرآن (١/٥٠٦) .

(٣) الزيادة من س ل هـ ب ص . وفى ف ج م : يخاف منه .

(٤) القاضي ابو حازم (بالحاء المهملة) كما فى الفوائد نقلا عن ابن الاثير فى جامع الاصول وكذا فى تاج التراجم وطبقات ابن الحنائي . وقضاة دمشق المسمى بالثغر البسام لابن طولون ص ٢٠ رقم الترجمة ٢٩ ، والعبر ٢/٩٢ .

وقد ورد مكنى بابي خازم بالخاء المعجمة فى تاريخ بغداد واخبار القضاة والكامل لابن الاثير وغير ذلك ، وهو عبدالحميد بن عبدالعزيز القاضي الحنفي اصله من البصرة وكان ينتمي الى السكون من كندة ، سكن بغداد وحدث بها وكان ثقة ، وقد ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ ،
=

أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف[1] يعقوب بن ابراهيم بن حبيش الانصارى القاضي رحمه الله انه قال :

العدل في الشهادة : أن يكون مجتنبا عن الكبائر ، ولا يكون مصرا على الصغائر ، ويكون صلاحه اكثر من فساده ، وصوابه[2] اكثر من خطئه ، وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة ، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة •

فالحاصل : ان العبرة للغالب •

وقد نص صاحب الكتاب فى آخر الباب أن العبرة في الصغائر =

=

وكان صلبا في الحق ، وولي قضاء الشرقية في بغداد سنة ٢٨٣هـ ، وتوفى سنة ٢٩٢هـ وقد ذكر صاحب الفهرست وغيره ان له كتابا بعنوان (ادب القاضي) ، وكان عالما بالفرائض والحساب والذرع والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات شاعرا ، وله كتاب المحاضر والسجلات وكتاب الفرائض ، انظر ترجمته في : الجواهر المضية : ١/٢٩٦ – ٢٩٧ رقم ٧٧٦ وذكر له شعرا ، الفوائد البهية : ٨٦ ، طبقات الفقهاء المنسوب الى طاش كبرى زادة ص: ٥١ وفيه انه ابو حميد (وهو تصحيف) ، تاج التراجم : ص ٣٣ رقم ٩٥ ، طبقات ابن الحنائي الورقة ١٥ أ تاريخ بغداد : ١١/٦٢ – ٦٧ رقم الترجمة ٥٧٤٣ ، اخبار القضاة لوكيع : ٣/١٩٨ – ١٩٩ ، ٢٩٣ ، وله مرويات فيه ١/١٩٦ ، ٢/١٦٤ ، ٣/٣٤ ، وانظر النجوم الزاهرة : ٣/١٥٨ ، شذرات الذهب : ٢/٢١٠ ، اخبار قضاة بغداد لابراهيم الدروبي مخطوط ص ٧٧ رقم الترجمة ٦٠ من تحقيقنا •

(١) ابو يوسف وهو صاحب ابي حنيفة وتلميذه ، اشهر من ان يعرف له بترجمة وجيزة • وقوله فى العدل رواه ابو بكر الجصاص فـي أحكام القرآن بلفظ يختلف يسيرا واخرجه عن بشـر بن الوليد عن ابي يوسف (احكام القرآن ١/٥٠٣ – ٥٠٤) •

(٢) ل : وصلاحه أكثر من خطئه •

للغالب ، بعدما يحترز عن كل الكبائر على مانبين[1] ان شاء الله تعالى •

[الفاظ التعديل]

[٥٤٦] ذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه سأل رجلا عن رجل فقال : لا نعلم[2] الا خيراً ، فقال عمر رضي الله عنه : حسبك •

في الحديث دليل[3] على انه اذا قالوا : لا نعلم الا خيرا كفى للتعديل[4] ، وهذا اللفظ[5] مستعمل للتعديل ؛ لان المسلمين انما يعرفونه بالظاهر ، وما وراء ذلك غيب[6] ، والغيب عند الله تعالى •

[٥٤٧] ذكر عن شريح : انه قال للمدعى : ايت على ذلك[7] بشهود عدول ؛ فانا قد امرنا بالعدل ، وانت فاسأل[8] عنه ؛ فان قالوا : الله[9] اعلم ، فالله اعلم [به][10] يفرقون ان يقولوا [١٢٦آ] هو مريب ، ولا تجوز شهادة مريب ، وان قالوا : هو في ما علمنا[11] عدل مسلم فهو

---

(١) ص : بين •

(٢) س : لا اعلم •

(٣) ف ج م : في الحديث دلالة • ص : فالحديث دليل •

(٤) س : التعديل •

(٥) ف ج : فهو اللفظ المستعمل • ب : وهذا لفظ يستعمل ، ص : وهذا لفظ مستعمل •

(٦) ل : غيب عنا •

(٧) ف ج : على ذلك بشهود عدل ، ومن قوله غيب والغيب ... الى هنا ليس في نسخة ج •

(٨) س ف : تسال • ل : فسل •

(٩) ك : والله • م س ص : فان قالوا الله اعلم يفرقون ...

(١٠) الزيادة من ل ب وقوله (فالله اعلم به) ليس في م س ص •

(١١) ص : هو في علمنا فيما علمنا •

ان شاء الله تعالى كذلك وتجوز شهادته[1] ٠

اما قوله : ايت بشهود عدول[2] ، فيه[3] نقول ٠

وقوله : أنت فاسأل عنه[4] : أمر للمدعى عليه[5] ، يعنى أنت

(١) قوله : ذكر عن شريح انه قال للمدعي ايت على ذلك بشهود عدول٠٠الى آخر الحديث رواه الحافظ عبدالرزاق الصنعاني قال : اخبرنا الثورى عن ايوب عن ابن سيرين عن شريح قال : اذا طعن الرجل في الشاهد قال : لا اجيز عليك شهادة خصم ، ولا دافع مغرم ، ولا عبيد ، ولا أجير ، ولا شريك ، وأنت فسل ، فان قيل الله اعلم به فالله اعلم به ، فرقوا ان يقولوا : مريب فلا تجوز شهادته ، وان قيل ما علمناه الا عدلا مسلما فهو ان شاء الله كما قالوا (المصنف : ٨/٣٢٢ ـ ٣٢٣ رقم ١٥٣٧٢) ورواه عن معمر عن ايوب عن محمد قال سمعت شريحا يقول : لا أجيز عليك شهادة الخصم ولا الشريك ، ولا دافع المغرم ، ولا جار مغنم ، ولا مريب ، قال : ثم يقول : وأنت فسل عنه : فان قالوا : الله اعلم به فالله اعلم به ، ولا تجوز شهادته ، لانهم يفرقون ان يجرحوه ، وان قالوا : عدل ما علمنا مرضي ، جازت شهادته (المصنف ٨/٣٢٢ رقم ١٥٣٧١) ورواه وكيع عن حماد بن زيد عن ايوب عن محمد عن شريح ، وبسند آخر عن بشر قال حدثنا الحميدى ، قال : حدثنا سفيان عن هشام عن محمد قال قال شريح : لا خير في شهادة خصم ٠٠٠ (اخبار القضاة : ٢/٣٤١ ، ٣٦٨) ورواه البيهقي عن ابي الوليد الفقيه ، ثنا الحسن بن سفيان ، عن حبان ابن موسى ، عن ابن المبارك ، عن ابن عون ، عن محمد بن سيرين عن شريح قال : ادع ما شئت وائت بشهود عدول فانا امرنا بالعدول وانت فسل عنه ٠٠٠ (السنن الكبرى : ١٠/١٦٦) ٠

(٢) ف ج : بشهود عدل ٠

(٣) ك وسائر النسخ : به ٠

(٤) س : تسأل عنه ٠ ل : فسل ٠ وفى ج : فاسأل عنه المدعى عليه (وهو سهو حاصل عن سقوط كلمة أمر وتصحيف ما بعدها) ٠

(٥) هـ ف : المدعى عليه ٠ س : امر المدعى عليه بالسؤال عن الشهود ٠

فاسأل[1] عن الشهود : أهم عدول أم لا ؟

وقوله : فان قالوا : الله[2] اعلم فالله اعلم [به][3] انه مجروح ام لا ، فان قولهم : الله اعلم جرح ، فان هذا اللفظ مستعمل[4] في الجرح ؛ لانه بهذا الكلام امتنع[5] عن بيان الخصال المذمومة فيه مخافة ان تقع بينهما عداوة ووحشة •

فأما بيان الخصال الحميدة في الانسان [فانه][6] لا يمتنع عن [بيانها][7] انسان آخر •

وقوله : يفرقون أن يقولوا هو مريب ، انه أراد[8] به انهم يخافون أن يقولوا ذلك في وجهه على وجه التصريح[9] •

وقوله : فان قالوا : هو فيما علمنا عدل مسلم ، فهو ان شاء الله تعالى كذلك ، انما علقه بالاستثناء ، لانه قد يكون في الظاهر عدلا وفي

---

(١) ب : تسأل • ل : فسل •

(٢) ك ص ب : والله • س : وان قالوا الله اعلم به فهذا جرح لان هذا اللفظ •••

(٣) الزيادة من ل •

(٤) ل : استعمل ، ف ج ك : يستعمل •

(٥) ك ص : امتنع من • س : امتنع المزكي عن

(٦) الزيادة من ل •

(٧) س : فلا يمتنع احد عن ذكرها وقوله يفرقون ••• هـ : في الانسان لا يمتنع عن انسان آخر • ب ص : لا يمنع عنه انسان • والزيادة من ل •

(٨) ف ص هـ ب : أراد بأنهم •

(٩) س : على سبيل التصريح •

الباطن بخلافه ، وهذه اللفظة تكون تعديلا ؛ لانها[1] مستعملة في التعديل، لما قلنا من قبل ، وان لم يكن تعديلا ؛ لأن قوله : فيما[2] علمنا اذا اقترن بالاخبارات لا يكون اثباتا •

الا ترى انه[3] لو قال : أشهد ان لفلان على فلان كذا فيما اعلم لا يكون اثباتا[4] ، ولو أقر ، فقال : لفلان علي الف درهم فيما أعلم [فانه][5] لا يكون اقرارا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، واذا لم يكن هذا تعديلا صار وجوده وعدمه سواء ، فبقي مستورا كما كان ، وشهادة المستور جائزة ، فيكون هذا حجة لابي حنيفة أن شهادة المستور حجـة •

[شهادة المستور]

[٥٤٨] ذكر عن الحسن[6] انه كان يجيز شهادة من صلى ، الا ان يأتي الخصم بما يجرحه به[7] •

---

(١) ف ك س هـ ص ب : لانه مستعمل ، وما اثبتناه عن ل •

(٢) س : في علمنا •

(٣) ص : أن •

(٤) ج : لا يكون اثباتا ولو أقر اثباتا ، ولو أقر فقال ••• كذا وهو سهو •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) قوله: الحسن، هو الحسن البصري، ابو سعيد الحسن بن يسار التابعي الامام المشهور الذى مرت ترجمته في جـ ١ ص ١٦٩ ضمن تعليقات الفقرة ٢٩ •

(٧) قوله : ذكر عن الحسن انه كان يجيز شهادة من صلى ، الا أن يأتي الخصم بما يجرحه به • روى وكيع معناه عن حاتم عن سويد ، قال : قال معتمر عن ابيه كان الحسن قاضيا ، فكان يجيز شهادة المسلمين بعضهم على بعض ، الا من جرحه الخصم (اخبار القضاة : ٢/٨ ، ١٣) وانظر احكام القرآن للجصاص : (١/٥٠٧) •

والمراد بقوله[1] : صلى ، المسلم ، كما قال الله تعالى : « قالوا : لم نك من المصلين »[2] يعنى من المسلمين •

وهذا لان اسلام الرجل [١٢٦ب] وعقله يمنعانه عن الكذب ويدعوانه الى الصدق •

فاذا عرف[3] القاضي منه ما يمنعه من الكذب ، ويدعوه الى الصدق رجح[4] صدقه على كذبه فيقبل •

في الحديث دليل على جواز القضاء بشهادة المستور ، ما[5]لم يطعن الخصم[6] ، فاذا طعن الخصم وجب السؤال عن الشاهد •

ثم ظاهر[7] الحديث دليل على أن الحسن رحمه الله شرط لوجوب[8] السؤال عن الشهود أن يأتي الخصم بما يمكنه اثبات الجرح ؟ فانه قال : الا أن يأتى الخصم بما يجرحه به ، يعنى يأتي بحجة على ذلك •

فظاهر هذا انه[9] ما لم يأت بالحجة على ما يدعي[10] من الجرح فى الشهود تبقى شهادة المستور حجة •

لكن ظاهر المذهب عندنا أن المدعى عليه متى طعن في الشهود ، يجب على القاضي أن يسأل عن حالهم •

---

(١) س : والمراد من قوله •

(٢) سورة المدثر : ٤٣ •

(٣) س : فاذا عرف منه ما يمنعه •

(٤) س : ترجح •

(٥) من قوله رجح صدقه على كذبه ... الى هنا ليس فى ج •

(٦) س ل : الخصم فيه •

(٧) س : ثم فى ظاهر الحديث •

(٨) ف ج م : لوجود •

(٩) ل : فظاهر هذا يقتضي آنه ...

(١٠) س : على ما يدعى عليه من الجرح •

[٥٤٩] ذكر عن الاشعث الحداني[١] انه جاء رجل الى الحسن[٢]، فقال : ان هذا رد شهادتي ، يعني اياس بن معاوية ، فقام معه فقال : يا ملكعان[٣] لم رددت شهادة هذا ؟ اما بلغك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« من استقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك مسلم »[٤] ؟

---

(١) ك ب ص س : الحراني ، ف ج م : الخزامي ، وما اثبتناه عن ل وعن اخبار القضاة : ٤٢/٢ وله فيه ذكر وعن احكام الجصاص ٥٠٣/١ ، وعن هذه النسبة انظر اللباب (المثنى) ٣٤٧/١ وهو فيه بضم الحاء وتشديد الدال المهملة وآخرها نون نسبة الى حدان وهو بطن من الازد ٠ او محلة بالبصرة نزلها هذا البطن فنسبت اليهم ٠

(٢) س : الحسين وهو تصحيف والحسن هو الحسن البصرى كما سيرد فى التخريج ٠

(٣) ملكعان : قال ابن الاثير : وفى حديث الحسن جاءه رجل فقال ان اياس بن معاوية رد شهادتي فقال يا ملكعان لم رددت شهادته ؟ أراد حداثة سنه او صغره فى العلم والميم والنون زائدتان ٠ (النهاية فى غريب الحديث والاثر : ٢٦٩/٤ مادة لكع) ٠

(٤) حديث « من استقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك مسلم » رواه البخارى فى الصلاة عن عمرو بن عباس قال حدثنا ابن المهدى قال حدثنا منصور بن سعد عن ميمون بن سياه عن انس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذى له ذمة الله وذمة رسوله فلا تخفروا الله في ذمته » ورواه بالفاظ اخرى عنه ايضا (صحيح البخارى : ٥٥/١ ـ ٥٦) ورواه النسائي عن حفص بن عمر قال حدثنا عبدالرحمن بن مهدى عن منصور بن سعد عن ميمون بن سياه عن انس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلكم المسلم » (سنن النسائي ـ كتاب الايمان : ١٠٥/٨) ٠

فقال : يا شيخ[1] : ان الله تعـالى يقـول : « ممن ترضـون من الشهداء »[2] وهذا ليس[3] ممن نرضى من الشهداء[4] .

فكان الحسن يعتبر الاسلام ، واياس احتج [عليه] بالآية فقال : ان الله تعالى شرط مع الاسلام العدالة والرضا فدلت الاية على ان العـدالة شرط ، ولا يكتفي بمجرد الاسلام قال محمد ، فخصمه اياس ، يعني[5] غلبه والزمه الحجة .

[٥٥٠] ذكر عن خالد الحذاء قال :

شهدت اياس بن معاوية فقضى في يوم ثلاثين قضية ما صبر فيهـا يمينا ، ولا سأل فيها بينة[6] .

---

(١) هـ س ل ب : ايها الشيخ .

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(٣) س : ليس بمرضي .

(٤) قوله ذكر عن الاشعث الحدانى انه جاء رجل الى الحسن فقال ان هذا رد شهادتي يعني اياس بن معاوية فقام معه فقال : يا ملكعان لـم رددت شهادته ... الى آخر الحديث رواه الامام ابو بكر الجصاص الرازي عن عبدالرحمن بن سيما المحبر قال حدثنا عبدالله بن احمد قال حدثنى ابي قال حدثنا اسود بن عامر قال ابن هلال عن اشعث الحداني قال قال رجل للحسن يا ابا سعيد ان اياسا رد شهادتي فقام معه اليه فقال : يا ملكعان لم رددت شهادته او ما بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من استقبل قبلتنا واكل من ذبيحتنا فذلك المسلم الذى له ذمة الله وذمة رسوله» فقال ايها الشيخ اما سمعت الله يقول «ممن ترضون من الشهداء» وان صاحبك هذا ليس نرضاه ورواه بلفظ آخر (احكام القرآن للجصاص: ١/٥٠٣) وانظر النهاية لابن الاثير ٤/٢٦٩) .

(٥) س : يعني الزمه الحجة .

(٦) قوله ذكر عن خالد الحذاء قال : شهدت اياس بن معاويـة =

وقوله : ما صبر فيها يمينا ، يعنى ما أجبر على يمين •

وانما فعل ذلك اياس بن معاوية لرفقه فى الحكم[1] والقضاء ؛ فانه كان [١٢٧ آ] يرفق بهم حتى يقر المدعى عليه ، ولا[2] يحتاج الى يمين ولا الى بينة •

وهكذا السنة فى القضاء •

[٥٥١] ذكر عن منصور بن المعتمر قال :

سألت ابراهيم عن العدل ، فقال : العدل من لم تظهر عنه[3] ريبة[4] •

أراد به التهمة •

والمذهب عندنا انه انما لا تقبل الشهادة اذا كان فاسقاً ،

فقضى فى يوم ثلاثين قضية ••• الخ •

روى وكيع عن سهل بن حنيف عن خالد الحذاء ، قال : قال اياس ابن معاوية : ان هذا الرجل قد ابى علي الا أن يوليني القضاء ، فمضيت معه حتى دخل على عدي [بن أرطاة] وأقمت حتى خرج ومعه شرطي ، فجاء حتى صلى ركعتين ثم جلس فقال للحرسي : قدم ، فما قال حتى قضى بسبعين قضية (اخبار القضاة : ١/٣١٧ ـ ٣١٨) •

(١) س : لرفقه فى الحكم بالخصوم •

(٢) ص : فلا •

(٣) س : عليه ريب •

(٤) قول ابراهيم العدل من لم تظهر عنه ريبة رواه الحافظ عبد الرزاق عن الثورى عن منصور ، قال : قلت لابراهيم : ما العدل من المسلمين ؟ قال : الذين لم تظهر لهم ريبة (المصنف ٨/٣١٩ رقم ١٥٣٦١) وقد مرت الاشارة الى بعض مظانه فى تخريج قوله الاخر عن العدل في تعليقات الفقرة ٥٤٣ من هذا الجزء •

فأما[1] اذا اتهم بالفسق ، فذلك مما لا يوجب[2] رد الشهادة ؛ لان التهمة اذا تجردت تكون ظنا ، وقد قال الله تعالى : « ان الظن لا يغنى من الحق شيئاً »[3] .

[المسلمون عدول]

[٥٥٢] ذكر عن عمر رضي الله عنه انه قال[4] :

انا لا نقبل الا العدول[5] .

وهذا حجة لابي يوسف ومحمد على ابي حنيفة رحمهم الله [في][6] انه[7] لا يجوز القضاء بظاهر العدالة .

---

(١) ب : فاذا اتهم .

(٢) ص : فذلك لا يوجب . ل : مما يوجب (بسقوط لا) وهو سهو .

(٣) سورة يونس : ٣٦ وأما آية ٢٨ من سورة النجم فلفظهـــا « وان الظن ... » .

(٤) س : قال : لا نقبل .

(٥) قوله : ذكر عن عمر رضى الله عنه انه قال : انا لا نقبل الا العدول رواه البيهقي عن ابي احمد المهرجاني ، ثنا ابو بكر بن جعفر المزكى ، ثنا محمد بن ابراهيم ، ثنا ابن بكير ، ثنا مالك عن ربيعة بن ابي عبدالرحمن انه قال : قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل من قبل العراق فقال : جئتك لامر ماله راس ولا ذنب ، قال عمر رضي الله عنه : وما هو ؟ قال :شهادات الزور ظهرت بأرضنا ، قال : وقد كان ذلك ؟ قال : نعم ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : لا والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول قال ابو عبيد : لا يؤسر يعنى : لا يحبس (السنن الكبرى : ١٠/ ١٦٦) وانظر الشرح الكبير : (١٢/٣٩) والمغنى : (١٢/٢٩) .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) س : انه يجوز .

وابو حنيفة رحمه الله يقول[1] : عندي لا يجوز القضاء الا بشهادة العدول .

لكن المسلمين[2] كلهم عدول .

لما روينا من الحديث .

[٥٥٣] ذكـــر عن عمر رضي الله عنه انــه كتب الى ابي موسى الاشعرى : ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلودا[3] حدا او مجربا عليه شهادة[4] زور ، او ظنينا في ولاء او قرابة[5] .

وقد مر شرح الحديث في ما تقدم الا ان صاحب الكتاب ذكر عن بعض العلماء انه قال :

المتهم على القرابة ان يتعدى عليهم غير الحق ، أى يظلم قرابته[6] في منع الصلة[7] والبر [عنهم][8] ، كنفقة[9] المحارم .

---

(١) من قوله : لا يجوز القضاء بظاهر العدالة ... الى هنا ليس في ص

(٢) ل : المسلمون (بتخفيف لكن) .

(٣) ص : الا محدودا حدا .

(٤) ك : بشهادة .

(٥) قوله : وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى ابي موسى الاشعرى ان المسلمين عدول بعضهم على بعض ... مر ذكر ذلك فى كتاب عمر الى ابي موسى المسمى بكتاب سياسة القضاة وذلك فى الجزء الاول صفحة ٢٢٧ وما بعدها ضمن الفقرات ٨٥ وما بعدها وذكر تخريجه ص ٢١٣ وما بعدها .

(٦) ف ج ك م : قرابته .

(٧) س : في منع الصدقة .

(٨) الزيادة من ل .

(٩) ل كمنفعة المحارم هـ : لنفقة المحارم وقد سقطت من ف ج ومحلها بياض فيهما .

لان ذلك حق واجب عليه ، فاذا منعه[1] يصير ظالما ، وشهادة الظالم لا تقبل •

وعندنا تفسيره غير هذا[2] •

[من اسباب الجرح]

[٥٥٤] ذكر عن محمد بن عبدالرحمن النوفلي انه قال :

قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك كنت لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ، ولا التجار ، و [لا] الذين يركبون البحر •••

قال : أجل ••• الحديث الى آخره[3] •

---

(١) ج ف هـ : منع • ل : منع منه •

(٢) قوله : وعندنا تفسيره غير هذا قلت ذكر ان المراد بالظنين في القرابة انه اذا كانت الشهادة للمشهود له تصير شهادة لنفسه معنى كما في الوالدين والمولودين انظر ذلك في الجزء الاول ص ٢٣٠ •

(٣) قوله : ذكر عن محمد بن عبدالرحمن النوفلي انه قال : قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك كنت لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا التجار ولا الذين يركبون البحر قال : أجل •• الحديث رواه وكيع عن احمد بن علي ، قال : حدثنا ابو الطاهر احمد بن عمرو بن السرح ، قال : حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة، عن محمد بن عبدالرحمن القرشي ؛ قال : قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك كنت لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ، ولا التجار ، ولا الذين يركبون البحر ، فقال : أجل • اما الذين يركبون البحر ، فانهم يركبون الى الهند ، حتى يغرر بدينهم ، ويمكنوا عدوهم منهم ، من أجل طمع الدنيا ، فعرفت أن هؤلاء ان اعطي احدهم درهمين في شهادتهم لم يتحرج بعد تغريره بدينه ، واما الذين يتجرون في قرى فارس ، فان المجوس يطعمونهم الربا ، وهم يعلمون ، فأبيت [أن] اجيز شهادتهم لاجل الربا ، واما الاشراف فان الشريف بالعراق اذا نابت احدا منهم نائبة أتى سيد قومه ، شهد له وشفع ، فقد كنت ارسلت عبد الاعلى بن عبدالله بن عامر الا يأتيني بشهادة (اخبار القضاة : ١/١٠: ٣٥٩) وانظر ذلك في احكام القرآن للجصاص : (١/٥٠٤ ــ ٥٠٥) ومعين الحكام (ص ٨٧) •

واعلم ان اسباب الجرح كثيرة :

منها الركوب في البحر الى الهند ؛ لانه اذا ركب البحر الى الهند فقد خاطر [١٢٧ب] بنفسه ، ودينه وسكن[١] دار الحرب ، وكثر سوادهم ، وعددهم ، وتشبه بهم ؛ لينال بذلك مالا ، ويرجع الى أهله غنياً ، فاذا كان لا يبالي ان يخاطر بنفسه ودينه ، فلا يؤمن[٢] ان يأخذ من عروض الدنيا فيشهد بالزور[٣] .

ومنها التجارة في قرى فارس ؛ فانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون. وأكل الربا من أسباب الجرح .

ومنها انه لا تقبل شهادة الاشراف من أهل العراق ؛ لأنهم قوم يتعصبون ، فاذا نابت أحداً منهم نائبة ، اتى سيد قومه ، فيشهد له سيد قومه ، ويشفع ، فلا يؤمن[٤] أن يشهد بالزور .

[شهادة اهل الاهواء]

[٥٥٥] ذكر عن عيسى بن موسى[٥] [أن عيسى] قال : اتجيز شهادة

---

(١) س : ويسكن .

(٢) س : فلا يؤمن أن يشهد بالزور . ب : فلابد من أن ياخذ ..

(٣) ل : فيشهد بالزور لاجله .

(٤) هـ ص : فلا يؤمن من أن يشهد .

(٥) عيسى بن موسى بن محمد بن عبدالله بن العباس بن عبدالمطلب ولي العهد لابي جعفر المنصور حسب ترتيب ابي العباس السفاح لولاية العهد ، وفي سنة سبع واربعين ومائة خلع ابو جعفر عيسى بن موسى وجعل المهدي ابنه وليا للعهد في حديث طويل ذكره الطبري في حوادث سنة (١٤٧هـ) وقد قال في خلعه من ولاية العهد شعرا لنفسه :

خيرت أمرين ضاع الحزم بينهما ... اما الضياع واما فتنة عمم

وقد هممت مرارا أن اساقيهم ... كاس المنية لولا الله والرحم

ولو شعلت لزالت عنهم نعم ... بكفر أمثالها تستنزل النقم

=

أهل الاهواء ؟ قلت[1] : نعم ، وأراهم لذلك[2] أهلا ، انما ادخلهم في الاهواء الدين الا الخطابية[3] .

انظر اخباره وترجمته في الامامة والسياسة ١٦٠ وما بعدها ، اخبار القضاة ٢٠٩/١ ، ٢١٠ ، ٢٢٣ ، ٢١٤/٢ ، ٩٣/٣ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ٩٨ ؛ ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٦ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٢٢ ؛ ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٦ ، ١٣٤ ، ١٤٩ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧٧ ؛ ١٨٠ ، ١٩١ ، ٢٤٧ ، ٢٦٥ ، ٣٠٧ ، ٣١٠ ، طبقات ابن سعد : ٢٤٤/٦ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ . تاريخ الخلفاء للسيوطى : ٢٦١ .

(١) س : قلت له نعم . قال قلت له نعم .

(٢) هـ : كذلك .

(٣) الخطابية : فرقة من الرافضة المنسوبين الى أبي الخطاب محمد ابن وهب ، وقيل ابن ابي زينب الاسدى الاجدع ، كان يزعم أن عليا الاله الاكبر ، وجعفراً الصادق الاله الاصغر ، وفى المواقف قالوا : الائمة انبياء ، وابوا الخطاب نبي ، وهم يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم ، وقالوا : الجنة نعيم الدنيا ، والنار آلامها ، وعدهم الاسفرايني من المشبهة ، قال الشهرستاني ، لما وقف الصادق على غلوه الباطل في حقه تبرأ منه ولعنه ، وأمر اصحابه بالبراءة منه ، وشدد القول في ذلك وبالغ في التبرى منه ، واللعن عليه ، فلما اعتزل عنه ادعى الامامة لنفسه ...ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله بسبخة الكوفة ، وافترقت الخطابية بعد فرقا . انظر الملل والنحل (طبعة كيلاني) ١٧٩/١ ـ ١٨١ ، التعريفات : ٨٩ ، ابن قتيبة في المعارف ص ٦٢٣ ، ادب القاضي للسروجي (مخطوط) الورقة ٣٦ آ) ، البحر للروياني (مخطوط) الورقة ٢٠ آ من الجزء السابع ، المبسوط ١٣٣/١٦ ، مقالات الاسلاميين ص ١٠ ـ ١٣ ، اصول الدين للبغدادى : ٣٢٢ ، الام : ٢١٠/٦ ، التبصير في الدين للاسفرايني : ١٠٥ ، الفرق بين الفرق للبغدادى : ١٦٣ ، مختصر الفرق : ١٥٥ . وسيتكلم عنهم الشارح الان .

وهذا لأن الشهادة انما تكون حجة اذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب فيها ، وقد وجد هذا المعنى فى شهادتهم ؟ لانهم قوم يعتقدون أن نفس الكذب كفر ، فمن[1] يعتقد أن نفس الكذب كفر كيف يشتغل بالكذب ؟ وشهادة الزور كذب ، فتقبل شهادتهم الا الخطابية ؟ فانهم قوم يستجيزون الشهادة لمن يحلف بالله بين ايديهم ان هذا كذا[2]، ويقولون: ان المسلم لا يحلف كاذبا ؟ وهم قوم من الروافض ، فتمكن تهمة الكذب في شهادتهم من هذا الوجه .

[تزكية الشهود]

[اول من سال عن الشهود فى السر]

[٥٥٦] ذكر عن ابن[3] شبرمة انه قال :

---

(١) ف ج م : فمن اعتقد نفس الكذب ، ل : فمن يعتقد نفس الكذب كفرا ...

(٢) ف ج : ان هذا كذب .

(٣) ص هـ : عن ابي وهو سهو وابن شبرمة : هو عبدالله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان بن المنذر ، الضبى الكوفى التابعي من اعاظم فقهاء الكوفة وجلة مشايخها ، وعده بعضهم من اتباع التابعين لكثرة روايته عن التابعين ، روى عن الشعبي وابن سيرين وآخرين ، وروى عنه السفيانان وشعبه وغيرهم اتفقوا على توثيقه والثناء عليه ، كان قاضيا للمنصور على سواد الكوفة ، قال الثورى : مفتينا ابن ابي ليلى وابن شبرمة ، قال : وكان ابن شبرمة عفيفا عاقلا فقيها يشبه النساك ، ثقة فى الحديث شاعرا حسن الخلق جوادا ، توفى سنة اربع واربعين ومائة . وقد افاض وكيع في اخباره وفقهه انظر ترجمته واخباره فى اخبار القضاة : ٣/٣٦ ، ١٠٣ ، الجمع بين رجال الصحيحين ص ٢٧٤ ، طبقات الشيرازي ٦٤ ، مشاهير علماء الامصار رقم : ١٣٣٣ ، تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/٢٧١-٢٧٢ رقم ٣٠٧ .

ثلاث لم يعمل بهن احد قبلي ولم يتركهن احد بعدي :

المسألة عن الشهود في السر ، واثبات حجج الخصمين ، وتحلية الشهود في المسألة[1] .

قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي :

فيه نظر ؟ فانه نقل عن ابن شبرمة تزكية السر ، وتزكية السر انما احدثها شريح ، فانه قيل له : احدثت ، [128آ] فقال : احدثتم فاحدثنا[2] .

---

(1) قوله : ذكر عن ابن شبرمة انه قال : ثلاث لم يعمل بهن احد قبلى ولم يتركهن احد بعدى ... رواه الجصاص فى احكام القرآن عن هشيم قال : سمعت ابن شبرمة يقول : « ثلاث لم يعمل بهن احد قبلى ولن يتركهن احد بعدى المسألة عن الشهود واثبات حجج الخصمين وتحلية الشهود فى المسألة » (احكام القرآن : 1/506) وروى الخبر وكيع عن طلحة بن عبدالله بن محمد بن اسماعيل التيمي قال : حدثني ابو عبدالرحمن العلائي قال حدثني ابي ، قال اخبرنا ابن ابى غالب ، قال : حدثنا هشام، قال : قال ابن شبرمة : وضعت ثلاثة اشياء لم يعمل بها احد [قبلي ولم يتركها احد] ممن بقى بعدي : المسألة عن الشهود فى السر ، واثبات الحجج ، وتحلية الشهود (بسقوط ما بين القوسين) . (اخبار القضاة : 3/120) .

(2) قول السرخسي ان تزكية السر انما احدثها شريح فانه قيل له : احدثت فقال : احدثتم فاحدثنا رواه وكيع عن الرمادى حدثنا ابو حذيفة قال : حدثنا سفيان عن ابي هاشم عن ابي البختري قال : تبع شريحا رجل حتى بلغ بابه فقال له : ما هذا الذى احدثت يا ابا امية ؟ قال : ان الناس قد احدثوا واحدثت . (اخبار القضاة : 2/318) ورواه في موضع آخر عن الرمادى قال : حدثنا اسود بن عامر ، قال حدثنا جعفر ابن زياد الاحمر عن هشام عن ابن سيرين ، قال : اول من سأل في السر شريح فقيل له ايا ابا امية احدثت ، فقال : احدثتم فاحدثنا (اخبار القضاة: 2/369) .

يرد : ان في الابتداء كانت التزكية في العلانية ؛ لانه كان لا يخاف البعض من البعض في ان يبين منه ما يعلم منه ، وأنتم احدثتم الخوف والامتناع عن بيان ما تعلمون من بعضهم ، فاحدثت تزكية السر ، فثبت ان هذا [شيء][1] احدثه شريح .

[الجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية]

[٥٥٧] ويجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية .

بأن يجمع القاضي بين المعدل وبين الشهود ويقول : أهؤلاء الذين زكيتم في السر ؟

واختلفت الروايات عن محمد رحمه الله في تزكية العلانية :

ذكر في بعض المواضع [أن] تزكية العلانية حسن .

وذكر في بعض المواضع [أن] تزكية العلانية بلاء وفتنة .

هذا بيان لواحد[2] .

والثاني : اثبات[3] حجج الخصمين ، وتفسيره : أن يثبت القاضي الحجج في تذكرته ، حتى اذا احتاج اليه ينظر فيه ، وقد مر هذا من قبل .

والثالث : تحلية الشهود في المسألة ؛ لانه ابلغ في التعريف ؛ لانه قد يتفق اثنان في الاسم ، والنسب والقبيلة ، والمحلة ، فلهذا قال : يبين حلاهم ، حتى يتبين للقاضي ان المزكى هو الذى شهد ، فلا يؤدى الى الاشتباه على القاضي .

[٥٥٨] قال :

---

(١) الزيادة من ل .

(٢) ك : الواحد . س : للواحد .

(٣) ف ج م : في اثبات .

وقال ابو حنيفة رحمه الله :

لا أسأل عن الشهود الا أن يطعن فيهم المشهود عليه .

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : يسأل[1] عنهم [سواء] طعن فيهم الخصم او لم يطعن .

وهذا اذا كان المشهود به مالا .

فان كان حدا أو قصاصا [فانه][2] يسأل بالاجماع طعن [فيهم][3] الخصم او لم يطعن ، وهي[4] مسألة كتاب التزكية .

[أصحاب المسائل او المزكون]

[٥٥٩] قال :

وينبغي للقاضي ان يتخير في المسألة[5] عن الشهود اوثق من يقدر عليهم[6] ، واعظمهم أمانة ، واكثرهم خبرة بالناس ، واعلمهم بالتمييز ، فيوليه المسألة[7] [عنهم] .

لان القاضي مأمور بالتفحص[8] عن عدالة الشهود فتجب [١٢٨ب]

---

(١) س : يسال طعن الخصم او لم يطعن . ك ف ج م : يسال عنهم طعن فيهم الخصم او لا ، والتصحيح والزيادة من ل . وقول الامام ابي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة تجده في أحكام القرآن : (١/٥٠٦) .

(٢) الزيادة من ل .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) ص : وهذه .

(٥) هـ : لمسائله . س ل : للمسالة . ب ك ص : المساءلة .

(٦) س : عليه .

(٧) ك ل ص ب المساءلة . س : فيؤثر المسالة له . والزيادة من ل .

(٨) ل : بالفحص .

عنيه المبالغة والاحتياط فى هذا الباب ، فيتخير من يعتمد على قوله ، وذلك بأن يكون[1] بهذه الصفة •

فاذا اختاره[2] دفعها اليه فى السر حتى لا يعلم فيخدع ، فيدفع اليه اسماء الشهود بانسابهم وحـلاهم[3] وقبائلهم ومحـالهم ؛ لانه يمكن[4] أن يتفق من تلك المحلة رجلان على ذلك الاسم والنسب ، فيدفع الرقعة التى فيها اسماء[5] الشهود وانسابهم وحلاهم ومصلياتهم ، حتى لا تتمكن فيه الشبهة •

[عمل المزكين]

[٥٦٠] قال :

فيسأل عنه اهل الثقة[6] والامانة من جيرانه •

لأن اعرف من يكون بحال الانسان جيرانه وأهل محلته •

فاذا سأل فقال المسؤول عنه : هو عدل[7] جائز الشهادة رد المعدل تلك الرقعة الى القاضي فى السر ، واخبره بعدالته ، فيقبل القاضي منه ويقضى به •

---

(١) س : يكون على هذه الصفة • ص : أن يكون بهـذه ••• (بسقوط الباء) •

(٢) ف ج ك س : اختار •

(٣) ك ب ص : وبحلاهم •

(٤) هـ ف ج ك ب ومصحح ل : لانه يتوهم ان يتفق والتصحيح من ل •

(٥) ب ص : اسامي •

(٦) س : اهل الامانة •

(٧) س ، ل : عدل عندى •

[اشتراط العدد فى المزكين وأهليتهم للشهادة]

[٥٦١] وهل يشترط العدد[١] في المزكي ؟

قال ابو حنيفة وابو يوسف : لا يشترط ، لكن الواحد يكفى ، والاثنان افضل[٢] .

وقال محمد : يشترط العدد فى المزكى ؛ حتى لا تثبت التزكية عنده بقول الواحد ، وهى مسألة كتاب التزكية ، لكن ، الاثنان عندنا[٣] أفضل ، وأحوط ؛ لأنه ابعد عن[٤] الاختلاف ، واقرب الى الاحتياط .

فاذا أتاه كتاب التعديل من الواحد ، واحتاط القاضي ، وأراد أن يسأل عن حال الشاهد غير الاول فينبغي أن يدفع اليه اسماء الشهود ، وأمره[٥] بالمسألة عنهم ، ولم يعلمه أنه سأل عن حالهم من غيره ؛ لأنه متى اعلمه[٦] بذلك يتهاون بسؤاله ، ويعتمد على قول الاول ، فلا يبالغ في[٧] التفحص .

فان[٨] جاء الثاني بمثل ما جاء به الاول أنفذ ذلك ، وأمر الطالب أن يأتى بقوم يعدلونهم فى العلانية .

شرط العدد فى تزكية العلانية عند الكل ، وان كان لا يشترط في تزكية السر عندهما ؛ لان هذا فى معنى الشهادة ، فانها تختص بمجلس

---

(١) ف ج م : العذر .

(٢) س : والاثنان احوط وافضل . ل : احوط يعنى أفضل .

(٣) ب ص ف ج م ك ل : عندهما والتصحيح من س هـ .

(٤) ف ج ل ص ب : من . وفى ص : ابعد من الخلاف .

(٥) ل : ويأمره .

(٦) ص ك ف ج ل : اعلمهم .

(٧) ف ج ص : في ذلك الفحص ب : في ذلك بالتفحيص .

(٨) ب ل ص : فان أتى .

القضاء ، فكان في معنى الشهادة ، فيشترط فيها العدد •

ولهذا لم تشترط أهلية [١٢٩آ] الشهادة لتزكية السر ، حتى ان الابن اذا عدل اباه ، والاب اذا عدل ابنه ، والمرأة اذا عدلت زوجها ، والعبد اذا عدل مولاه يصح • وتشترط لتزكية[١] العلانية ، حتى ان كل من كان من أهل الشهادة كان من أهل التعديل في العلانية ، والا فلا • وهذا كان في الابتداء[٢] •

فأما اليوم [فقد][٣] وقع الاكتفاء بتزكية السر ؛ لما[٤] قال محمد في رواية تزكية العلانية بلاء وفتنة ، فلا تشترط[٥] أهلية الشهادة •

ثم شرط صاحب الكتاب ان يكون المزكي في العلانية غير المزكى في السر •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله : هذا مذهب صاحب الكتاب ورأيه[٦] • واما عندنا فالذى[٧] يزكيهم في العلانية هو الذى يزكيهم في السر •

[تعارض اقوال المزكين]

[٥٦١] قال :

واذا سأل القاضي عن حال الشهود من انسان آخر بعدما سأل

---

(١) ف ج هـ : التزكية •

(٢) ب : وهذا في الابتداء •

(٣) الزيادة من ل س •

(٤) ب : كما •

(٥) س : تشترط فيه •

(٦) ص : رواية •

(٧) الفاء في قوله (فالذى) زيادة من س •

من الاول ، فعدل احدهما ، وجرح الاخر ، وقعت المعارضة بينهما ، فصار جميعا وجودا وعدما بمنزلة[(١)] ، فكأنه لم يسأل عنهم[(٢)] بعد ، ولم يوجد الجرح والتعديل ، فيستقبل السؤال بعد ذلك استقبالا •

فان عدله الثالث ، صار التعديل اولى من الجرح •

لأن المثنى حجة كاملة يفصل بها الحكم[(٣)] ، والواحد ليس بحجة[(٤)] يفصل بها الحكم[(٥)] ، فكان قول المثنى اولى •

فان جرحه الثالث ، صار الجرح اولى •

لما قلنا •

[ممن يسال المزكون عن احوال الشهود]

[٥٦٢] قال :

واذا أمر القاضي بالسؤال عن الشهود فينبغي [له][(٦)] ان يسأل من جيرانه •

لما قلنا انهم أعرف بحاله من غيرهم •

فان لم يكن في[(٧)] جيران الشهود من يصلح للمسألة[(٨)] عنه من أهل الثقة ، ولهم أسواق ، وكان فيها من يصلح للمسألة ، سأل منهم ؛ لأنهم اعرف بحاله •

---

(١) س : بمنزلة واحدة •

(٢) ب : فكانه لم يسال بعد •

(٣) ل : الحاكم •

(٤) ص ب : ليس بحجة كاملة •

(٥) ل : الحاكم •

(٦) الزيادة من ل •

(٧) س : في الشهود •

(٨) ب : من يصلح عن المسالة عنه •

[المبالغة في التقصي عن احوال الشهود في الحدود والقصاص]

[٥٦٣] قال :

واذا[١] كان الشهود شهدوا[٢] على حد او قصاص سأل [١٢٩ب] عنهم اخيارهم ، ويبحث عن ذلك بحثا شافيا ، حتى يستقصى معرفة ذلك •

لان الحدود تدرا بالشبهات ؛ فاذا استقصى فربما يظهر ما يوجب سقوط الحد عنه •

[جرح الشهود]

[٥٦٤] قال :

واذا أمر القاضى المزكى بالسؤال ، فجرح المزكى الشهود فالقاضى لا يقول جرح شهودك[٣] ، لكن يقول : زد[٤] في شهودك ، او[٥] زدنى شهودا ، أو يقول لم يحمد شهودك عندى[٦] •

لأن هذا أقرب الى الستر ، والستر على المسلم واجب بقدر الامكان•

---

(١) ص ف ج م : وان •

(٢) س : شهودا •

(٣) ف ج : شهودا •

(٤) ص : زدني في شهودك •

(٥) ب : او يقول زدني شهودا هذا والله الحق فسكت عمر رضي الله عنه ثم عاد فقضى فعاد الرجل الى ذلك ثانيا ••• اى باعادة ما سبق تدوينه فى الباب الرابع الذى مر فى الجزء الاول من هذا الكتاب ص ١٧٦ الى قوله : واما ابو هريرة رضي الله عنه فكان يروي كل ما بلغه وسمع من غير ان يتأمل فى المعنى ومن غير ان يعرف ••• وذلك فى الصفحة ١٨٥ ثم قال بعد ذلك مباشرة : بشهادتهم ثم انهم شهدوا عند القاضي فى حادثة اخرى ان كان العهد قريبا لا يشتغل بتعديلهم ، لان الظاهر من حال الانسان ان لا تتغير ••• الخ اى بسقوط سبع عشرة مسالة بما يعادل خمس صفحات ، وقد حشرت في ثنايا الفقرة ٦٧١ من هذا الجزء •

(٦) قوله : (او يقول لم يحمد شهودك عندى) ليس في ج •

[٥٦٥] [قال][١] :

فان قال المدعي : انا[٢] آتي بن يعدلهم من اهل الثقة[٣] والامانة ، أو قال للقاضي : اسمي لك قوماً من أهل الثقة [والامانة][٤] تسألهم عنهم فاسألهم[٥] فسمى له قوما يصلحون للمسألة ، فان القاضي يسمع قوله .

فان جاء بقوم وعدلوا ، او سأل اولئك ، فعدلوا ، فينبغي للقاضي أن يسأل اولئك الذين طعنوا فيهم بهم يطعنون عليهم ؟ لانه يجوز ان يكونوا جرحوا بشيء يكون جرحا عندهم ، ولا يكون ذلك جرحا عند القاضي ، وعند المعدلين .

فبعد ذلك المسألة على وجهين :

اما أن يبينوا كذلك .

او يبينوا بما يكون جرحا عند الكل .

ففي الوجه الاول لا يلتفت الى ذلك ، وأخذ بقول الذين عدلوا[٦].

وفي الوجه الثاني الجرح اولى ؛ لان المثنى[٧] نصاب كامل في الشهادة ، والنصاب ان[٨] تم كان الجرح اولى .

---

(١) ف ج : فاذا .

(٢) ف ج : الا .

(٣) ف ج م : من أهل البينة .

(٤) الزيادة من س .

(٥) ك ل هـ : فسألهم وقد سقطت من س ص . وفي ف ج فانهم قوم .

(٦) س : عدلوهم . هـ : عدلوه .

(٧) س : لان المسمى ، وقد سقطت هذه العبارة من ل .

(٨) هـ : اذا تم .

[٥٦٦] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله :

لو أن شهودا شهدوا على رجل بحق ، فاقام المشهود[1] عليه شهودا شهدوا أن هذا المدعى استأجر هؤلاء الشهود ليشهدوا [له][2] علي بهذه الشهادة [فانه][3] لا تقبل هذه الشهادة .

لأن المقصود من اقامة هذه الشهادة ابطال شهادة المدعى ونفيها ، والشهادة مشروعة لاثبات الحق لا للنفي .

هذا معنى ما اشار اليه صاحب الكتاب .

وهذا عندنا تهاتر[4] ..

[تعديل الوالد لولده وتعديل ذوي الرحم لارحامهم]

[٥٦٧] قال :

ويقبل [١٣٠آ] تعديل الوالد لولده ، والولد لوالده ، وكل ذي رحم محرم فانه يقبل تعديله لرحمه[5] .

أراد به تعديل السر ؛ [لأن تعديل السر] ليس بشهادة ، انما هو من باب الاخبار ، والاب والابن في الاخبارات سواء[6] ، بخلاف تعديل العلانية ؛ لأنه من الشهادة[7] .

---

(١) ف ج م : فاقام المدعى عليه .

(٢) (له) زيادة من ل هـ ص .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) التهاتر : قال النسفي : التساقط (طلبة الطلبة ١٣٣) .

(٥) ك هـ ف ج م ص : تعديله لوجهه والتصحيح من س ل وفي ل : تعديلهم لرحمه .

(٦) ص : سواء في السر .

(٧) قوله : (لانه من الشهادة) ليس في ف ج م .

[شهادة اهل الاهواء ايضا]

[٥٦٨] قال :

وشهادة أهل الاهواء جائزة ، اذا كانوا عدولا .

لما قلنا من قبل .

[٥٦٩] قال :

وقال ابو يوسف رحمه الله :

أيما رجل أظهر شتيمة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لا تكون شهادته مقبولة .

لانه لو أظهر شتيمة واحد من المسلمين سقطت [به](١) عدالته ، فاذا أظهر شتيمة اصحاب النبي كيف لا تسقط به عدالته، فان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أعظم حرمة [وأرفع منزلة ، وافضل منقبة ، واشرف رتبة](٢).

[الاسباب الموجبة لسقوط العدالة]

[٥٧٠] ذكر بعد هذا الاسباب الموجبة لسقوط العدالة .

وحاصله :

أنه اذا ارتكب جنـاية موجبة للعقوبة في الدنيا ، او الوعيـد في الآخرة ، وذلك منصوص عليه في الكتاب ، او ما يشبهه من الكبائر ، فانه تسقط به العدالة ، وان كانت(٣) جميع أخلاقه صالحة(٤).

---

(١) الزيادة من هـ ص وفي ف ج م : سقطت عدالته به .

(٢) الزيادة من ل .

(٣) هـ ك ف ج ل : كان .

(٤) جاء في حاشية ف هنا ما نصه : هذا على اصل استخرجه الشيخ خواهر زادة ، ومنها ضوابط أخر : كضابطة صاحب الخلاصة وضابطة الفتاوى الصغرى ، وضابطة صاحب الهداية فلا تغفل عنها .

=

فأما اذا سلم من الفواحش التي تجب فيها الحدود وما يشبه ذلك من الكبائر ، ينظر في معاصيه الصغائر وفي طاعاته[١] ، فيعتبر فيه الغالب كما قلنا من قبل •

[٥٧١] اذا ثبت هذا[٢] فالسارق وجب عليه القطع بنص الكتاب ، وكذا قاطع الطريق ، والزاني ، ومن يعمل[٣] عمل قوم لوط ؛ لأن هذا من الكبائر •

وذكر صاحب الكتاب من هذه الجملة شرب الخمر[٤] ، وذكر محمد رحمه الله في كتاب الشهادات وشرط مع هذا الادمان ، حتى اذا[٥] شرب الخمر في السر[٦] لا تسقط عدالته في الشهادات [١٣٠ب] •

وهو الصحيح •

لأن بهذا لا يصير تاركا للمروءة •

[٥٧٢] وكذا ايضا ذكر صاحب الكتاب في هذه الجملة أن يسكر[٧] من النبيذ •

ومحمد شرط مع هذا شيئاً آخر : وهو ان يعتاد ذلك ، ويظهر للناس ، ويسخر الصبيان منه ، ويلعبون به •

انتهى • وقد ذكر الطرابلسي الامور التي ذكرها الخصاف بايجاز في معين الحكام : (ص ٨٥) •

(١) ل : طاعته •

(٢) ل : اذا ثبت هذا فنقول السارق •••

(٣) ل : عمل •

(٤) س : ومن يشرب الخمر •

(٥) ف ج هـ : حتى لو شرب •

(٦) ف ج م : في السفر وهو تصحيف •

(٧) س ك ص : او يسكر • س : صاحب الكتاب او يسكر •

وهو الصحيح .

لأنه الآن صار تاركا للمروءة[1] .

[٥٧٣] [قال][2] :

وكذلك من يجلس مجالس الفجور والمجانة[3] على الشرب وان لم يشرب ولم يسكر .

لأنه لما جالسهم لم يتحرز أن يظهر[4] عليه ما يظهر عليهم ، فلا يتحرز عن ارتكاب مالا يحل في الدين وهو شهادة الزور .

[٥٧٤] قال :

وكذلك المغنى ، والمغنية ، والنائح ، والنائحة .

لأنه ارتكب ما لا يحل في الدين ، لطمعه في المال ، فلا يؤمن عليه من أن يرتكب شهادة الزور لطمعه في المال ايضا .

[٥٧٥] قال :

وكذلك الذى يلعب بالحمام ويطيرها .

لأنه انما يفعل ذلك ليقف على عورات النساء .

[٥٧٦] قال :

وكذلك الذى يلعب بالشطرنج .

لكن يشترط انضمام احد[5] المعاني الثلاثة اليه :

---

(١) من قوله : وكذا ايضا ذكر صاحب الكتاب في هذه الجملة ان يسكر ... الى هنا ليس في هـ .

(٢) الزيادة من س .

(٣) ف ج م : والمحادثة على الشرب .

(٤) من قوله : من يجلس مجالس الفجور ... الى هنا ليس في ص .

(٥) ك ف ج : احدى .

اذا قامر عليها .

أو شغلته[١] عن الصلوات .

أو اكثر الحلف عليها بالكذب والباطل .

لأن القمار حرام ، وتفويت الصلوات أعظم الكبائر ، واليمين الكاذبة من جملة الكبائر .

واما بدون انضمام [احد][٢] المعاني الثلاثة اليه[٣] فلا[٤] تسقط العدالة .

لأن العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشطرنج[٥] واباحته عند انعدام هذه المعاني ، فخف حكمه ، فمباشرته على الانفراد لا تصلح سببا لسقوط العدالة .

[٥٧٧] قال :

واذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافا بذلك ، او مجانة ، او فسقا ، لا تجوز شهادته .

ولم يرد به[٦] الاستخفاف بالدين ؛ لأن [١٣١ آ] المستخف بالدين

---

(١) ك ف ج م : اشغلته .

(٢) الزيادة من س ص وفيهما : احدى .

(٣) ص : له .

(٤) ف ج ك ل هـ : لا .

(٥) بالشطرنج كذا في ك وسائر النسخ وجاء في حاشية الاصل ك : تصحيح ذلك الى (بالشرطه) وقال وهو اوفق .

(٦) س : ولم يرد بهذا الاستخفاف استخفاف الدين .

كافر ، [وانما][1] اراد به أن لا يستعظم تفويت الجماعة كما يفعله العوام ، فانه يصير به ساقط الشهادة ؛ لأنه ظهر فسقه ومجانته ، وشهادة الماجن لا تقبل .

فان تركها متأولا ؛ بأن كان الامام فاسقا يكره الاقتداء به ، ولا يمكنه أن يصرفه ، فيصلي في بيته وحده ، او كان ممن يضلل الامام ، ولا يرى الاقتداء به جائزا ، فهذا مما لا يسقط العدالة .

اما الاول فلاشك .

واما الثاني فلأنه صاحب هوى ، وقد ذكرنا أن شهادة صاحب الهوى مقبولة .

[٥٧٨] قال :

ولو أن رجلا كان يأكل الربا ، ولا[2] يبالي من اين اكتسب[3] الدراهم ، لا تقبل شهادته .

لأنه لما لم يمتنع عن الحرام لا يمتنع[4] عن الكذب والزور ان يشهد به .

[٥٧٩] قال :

واذا كان الرجل يلعب بشيء من هذه الملاهي ، وذلك لا يشغله عن الصلاة ، ولا عن ما يلزمه من الفرائض ، ينظر ان كانت مستشنعة بين الناس ؛ كالمزامير ، والطنابير[5] ، لم تجز شهادته .

---

(١) الزيادة من س ص .

(٢) هـ : أو لا يبالي .

(٣) س : يكتسب . ل : يكسب .

(٤) س ص : لا يمتنع أن يشهد بالكذب والزور قال واذا كان .

(٥) س : والطنابر . وانظر حول الطنبور قاموس الموسيقى =

لأن[1] اصحاب هذه الملاهي أهل فسق فيما بين الناس •

وان لم تكن مستشنعة نحو الحداء وضرب القضيب[2] جازت شهادتهم ، الا أن يتفاحش ؛ بأن يرقصوا[3] به فتدخل فى حد المعاصي والكبائر ، فحينئذ تسقط بها العدالة •

[٥٨٠] قال :

واذا كان الرجل معروفا بالكذب الفاحش ، لم تقبل شهادته •

يريد به اذا اعتاد الكذب ؛ لأنه اذا اعتاد ذلك لا يصبر عنه ، فلا يؤمن من[4] أن يكذب فى هذه الشهادة •

واما اذا كان يقع فيه احيانا ، قبلت شهادته •

لأن لا يسلم احد من الكذب[5] •

[جرح الشاهد وتعديله فى آن واحد]

[٥٨١] قال :

واذا عدل الرجل واحد ، وجرحه واحد ، فان القاضي[6] يعيد المسألة ، فان اجتمع رجلان على التعديل ، فالتعديل اولى [١٣١ ب] وان جرحه رجلان وعدله جماعة فالجرح اولى •

لما قلنا من قبل •

العربية لاستاذى الدكتور حسين محفوظ ص ١٠٠ •

(١) س : لان هؤلاء انما هى لاهل الفسق • ل : ثم ان اصحاب هذه •••

(٢) ف ج : القصب •

(٣) س ك هـ : يرقصون •

(٤) ف ج : فلا يؤمن ان لايكذب • س : فلا يؤمن من الكذب •

(٥) ل س ص : من الذنوب •

(٦) ج : وجرحه واحد القاضي يعيد •

[الاصل في الناس الحرية]

[٥٨٢] واذا قال المشهود عليه : هذان الشاهدان عبدان ، وقالا : نحن حران ، لم نملك قط ، فهذا على وجهين ، ان عرفهمـــا القاضي وعرف حريتهما ، لا يلتفت الى قول المشهود عليه .

لانه يدعي خلاف الظاهر .

فان كان لا يعرفهما ، وكانا مجهولين ، قبل قول المشهود عليه ، ولا تقبل شهادتهما .

لأن[1] الاصل في الناس الحرية ، الا في اربعة مواضع احدهـــا هذا ، الا أن يقيم المدعي بينة ، او يقيما[2] بينة انهما حران ، فحينئذ تقبل شهادتهما .

فان قالا : سل عنا لم يقبل ذلك منهما .

ولو سأل عنهما فأخبر انهما حران ، فقبل شهادتهما كان ذلك حسنا ، والاول أحب اليّ ، وهو أن لا يقبل قولهما الا بالبينة[3] .

اما الجواز فلأن المسألة مختلفة بين العلماء :

فان زفر والشافعي يقولان بأن الثابت بالظاهر[4] يصلح حجة للدفع والاستحقاق جميعا .

واذا اكتفى القاضي بالسؤال عن الشهود ، ولم يشتغل بتكليف المدعي باقامة البينة على الحرية ، فقد أمضى حكما في موضع الاجتهاد ، فيجوز .

واما كون الاول أحسن ، فلما قلنا[5] .

---

(١) س : لان الناس في الاصل احرار .
(٢) س ك : يقيمان .
(٣) س : الا ببينة .
(٤) ف ك : الثابت الظاهر .
(٥) ص س : فلما قلنا من قبل قال ابو يوسف (بسقوط وقال) .

[يجوز في تزكية السر مالا يجوز في الشهادة]

[٥٨٣] قال :

وقال ابو يوسف : أجيز في التزكية سراً تزكية العبد ، والمرأة ، والمحدود ، والاعمى ، اذا كانوا عدولا •

لأن ذلك خبر ، وخبر هؤلاء مقبول في باب الدين ؟ الا ترى ان شهادة العبد على رؤية الهلال[١] اذا كان عدلا ، مقبولة ، ويجب[٢] الصوم •

هكذا استشهد[٣] في الكتاب صاحب الكتاب •

واما التزكية علانية [فانها][٤] تقبل ممن كان من أهل الشهادة • لما قلنا •

[لا يجوز في تزكية العلانية الا ما يجوز في الشهادة]

[٥٨٤] قال[٥] :

وأقبل تزكية امرأتين ورجل لرجل في العلانية •

لأن [١٣٢آ] تزكية العلانية بمنزلة الشهادة ، فيعتبر فيها العدد ، وقد وجد [ذلك][٦] •

وقد مر هذا فيما تقدم •

[الحكم بعدالة الشهود عند القاضي]

[٥٨٥] قال :

واذا سأل القاضي عن الشهود ، فصحت عدالتهم ، وثبتت ، وقع عند

---

(١) ص : على رؤية الهلال فى رمضان •
(٢) س : ويجب به الصوم •
(٣) س : هكذا استشهد فى كتاب اللعان •
(٤) الزيادة من ل •
(٥) ك : قال وقال اقبل •
(٦) الزيادة من ل وقوله وقد وجد ذلك ليس في ص •

اسم كل شاهد اسم من عدله ؟ ليعرف ذلك اذا احتاج الى معرفته •

لأنه ربما يظهر أنه مجروح فيحتاج القاضي الى من عدله •

قال الشيخ الامام شمس الائمة[1] الحلواني رحمه الله :

هذا في عرف بلادهم ، حيث كان القاضي يختار لكل فريق معدلا ومزكيا على حدة ، فاما في عرف بلادنا فيكون[2] له مزكيان لا غير ، فلا يحتاج الى أن يوقع [اسم][3] من عدله ، الا ان يعدله احدهما ويجرحه الآخر ، فلم يقبل جرح الجارح ، وأخذ بتعديل[4] المعدل فحينئذ يوقع اسمه الى وقت وقوع الحاجة الى تعرفه •

[تقادم التعديل والجرح]

[وهل يعدل الشاهد مرة اخرى بعد الحكم بتعديله]

[٥٨٦] قال :

ولو ثبتت عدالة الشهود[5] ، وقضى القاضي[6] بشهادتهم ، ثم انهم شهدوا عند القاضى فى حادثة اخرى ، ان كان العهد قريبا لايشتغل بتعديلهم •

لأن الظاهر من حال الانسان ان لا يتغير في الزمان القريب •

وان كان العهد بعيدا [فانه][7] يشتغل [بذلك][8] •

---

(١) س : شمس الائمة ابو محمد عبدالعزيز بن احمد الحلواني •

(٢) ك : يكون • ل : فانه يكون •

(٣) الزيادة من ل •

(٤) س : بتعديل الآخر •

(٥) س : عدالة الشهود عند القاضي وقضى بشهادتهم •

(٦) الى هنا نهاية ما سقط من المسائل من نسخة ب •

(٧) الزيادة من ل •

(٨) الزيادة من ل •

لأن الانسان في الزمان البعيد يتغير ٠

و [اختلفوا في][1] الحد الفاصل بينهما ٠

والصحيح فيه قولان :

احدهما : انه مقدر بستة اشهر ؛ لأنه هو الزمان المطلق ، فان شهدوا ثانيا قبل أن يمضي من [وقت][2] الشهادة الاولى ستة اشهر قبل القاضي شهادتهما من غير تزكية اخرى ، وان كان بعد ما مضى ستة اشهر [فانه][3] لا يقبل من غير تزكية أخرى ٠

والثاني : [أنه][4] يفوض الى رأي القاضي ؛ فـأن رأى أن يسأل [عنهم][5] لا يكتفى بما كان في الماضي ٠

وان راى أن لا يسأل فله[6] ذلك ٠

[٥٨٧] قال :

وان قال المشهود عليه : انا أقيم البينة انهم عبيد ، او [١٣٢ ب] أحدهم عبد ، أو محدود في قذف ، أو شارب خمر ، او قاذف ، او ما أشبه ذلك من الكبائر التى توجب الحد يقبل ذلك منه ٠

لأن هذه الكبيرة توجب الحد ، فكانت هذه الشهادة قائمة على اثبات

---

(١) الزيادة من س ص ٠

(٢) الزيادة من ل ٠

(٣) الزيادة من ل ٠

(٤) الزيادة من س ص ٠

(٥) الزيادة من ف ج م ٠

(٦) ك ف ج م : له ٠ س : له أن يسأل ٠

حد ، لا على جرح مفرد .

لكن هذا اذا كان حديثا .

اما اذا كان[1] متقادما [فانها][2] لا تقبل .

والله اعلم بالصواب

* * *

(١) س : اذا كان حدا متقادما .

(٢) الزيادة من ل . وعبارة فانها لا تقبل سقطت من س .

الباب الخامس والثلاثون

في الرجل يسأل عن الشاهد

والرجل يجاور القوم متى ينبغي أن يعدلوه

[٥٨٨] ذكر عن ابراهيم ، انه كان يجيب فى النكاح ، ولا يجيب فى الشهود اذا سئل عنهم .

لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب فى النكاح ، فانه زيف[١] بعض الخطاب ، وزكى البعض في الحديث المعروف[٢] ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم في الشهود مثل ذلك ، فاقتدى[٣] ابراهيم به .

[٥٨٩] ذكر حديث ابي جمرة[٤] [انه][٥] قال :

قلت للشعبي : اسأل عن الرجل لا ارضاه ، فأي شيء اقول ؟ قال : قل الله اعلم .

لأنه لو ذكر[٦] فيه ما يكون من المعاصي [فيكون][٧] قد هتك عليه ستره ، وقد امر[٨] بالستر على المسلم ، وذلك بأن يقول : الله اعلم ، ولا يزيد على هذا .

---

(١) ج زيد . هـ : لانه زيف .

(٢) ص : في الحديث المرفوع .

(٣) ك ب : فابتدا .

(٤) س : ابن حمزة ف : ابي حمزة وفى الاصل وبقية النسخ غير منقطة وما اثبتناه عن هـ . وابو جمرة ، وقد يرد اسمه (ابو حمزة) ربما كان اسمه عمران الاسدي الذى ترد لـه بعض الاخبار فى اخبار القضاة : ٢/٣١٨ ، ٣٩١ .

(٥) ف ج ك : لانه قد ذكر .

(٦) الزيادة من ف هـ ص ب وقد سقط الحرف (قد) من ف .

(٧) س : وقد امرنا .

وكان عمر رضي الله عنه لا يكتفي بهذا •

ولكن اليوم القضاة اكتفوا بهذا •

فلهذا لا يزيد على قوله : الله اعلم •

[٥٩٠] ذكر عن عمر[١] رضي الله عنه انه كان اذا أنعم أن يمدح الرجل قال : ما علمنا[٢] الا خيرا •

لأن الانسان لا يعرف غيره الا من حيث الظاهر ، فلا ينبغي له أن يقول انه عدل •

لكن مع هذا لو قال : انه عدل ، جاز ايضا •

لأن القاضي انما سأله ليخبره عن حاله بما[٣] لم يكن معلوما له ، فمتى قال : ما علمنا الا خيرا ، فانما اعتمد على[٤] ظاهر حاله[٥] ، والقاضي يعرف هذا المقدار منه بدون[٦] السؤال ؛ لأن الاسلام يدل على عدالته من حيث الظاهر ، فينبغي [١٣٣آ] لذلك الانسان أن يخبر بشيء لا يكون معلوما للقاضي ، فمتى قال : هو عدل الآن [فقد][٧] اخبره بشيء لم يكن معلوما عند القاضي ، فيقبل منه ، لكن الاول احوط •

ونظير هذا شهود الميراث اذا شهدوا ان هذا وارث فلان لا نعلم له

---

(١) ص : عن ابن عمر •

(٢) ص : ما علمت عليه الا خيرا •

(٣) ب ك ف ج س هـ : مالم والتصحيح من ل •

(٤) ل : على حاله •

(٥) ب : على ظاهر حاله مالم يكن معلوما له ، والقاضي يعرف هذا •

(٦) ل : لزمه بدون السؤال •

(٧) ل : عدل فالان اخبره ، والزيادة من س سقطت من الاصل وسائر النسخ •

وارثا غيره جاز .

ولو قال : هذا وارثه لا وارث له غيره جاز ايضا ، والاول احوط .

[وكذا شهود الجرح اذا شهدوا ، وقالوا : جرح هذا ولم يزل صاحب فراش حتى مات جاز][1].

ولو قالوا : انه مات من تلك[2] الجراحة جاز ايضا ، والاول احوط.

[٥٩١]

ذكر عن ابن المبارك [انه][3] قال :

من غلبت حسناته[4] على سيئاته قبلت شهادته[5] .

لأن من لا يكون معصوماً لا يخلو عن قليل الفساد ، وان كان مصلحاً؛ لأن[6] الجواد قد يعثر ، فلا يمكن اشتراط التحرز عن جميع المعاصي في عدالة الشهود ، فيعتبر الغالب .

[٥٩٢] [قال][7] :

وقال اصحابنا : لا ينبغي للرجل ان يعدل الرجل اذا لم يختبره ، ولم يعرف اموره .

لما روي[8] أن رجلا عدل رجلا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :

---

(١) الزيادة من ف ج س ومن حاشية الاصل ك .

(٢) ف ج س : من قبل الجراحة .

(٣) الزيادة من ص .

(٤) ل : حسناته سيئاته .

(٥) خبر عبدالله بن المبارك من غلبت حسناته على سيئاته قبلت شهادته لم اجده .

(٦) ف ج : لان الجوار قد تغير (وهو تصحيف) .

(٧) الزيادة من ب .

(٨) ب كما روي .

« أكنت شاركته ، او عاملته ، او سافرت معه ؟ » .

فقال الذى عدله : لا .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم :

« لِمَ زكيته ؟ »[1] .

شرط الاختبار ، ومعرفة امور الشهود حتى يسعه أن يعدل .

وان كان المسؤول عن الشهود عرفه وخبر[2] أموره ، فسئل عنه ، فبعد ذلك المسألة على وجهين :

ان عرفه بعدالة فلا ينبغي[3] له أن يمسك عن الاخبار بما فيه .

لأنه لو أمسك [عن ذلك فربما يمسك][4] غيره ، فتعطل أمر التعديل ، وامضاء الحكم .

قالوا : هذا اذا كان القاضى عالماً عدلا ، فأما اذا كان جائراً [او][5] جاهلا ، فلا بأس بأن يمسك ؛ لأنه لو عدله ربما يقضى بجور وجهل . فأما اذا أمسك بهذا التأويل لم يكن به بأس .

وان عرفه بغير ذلك مما تسقط به شهادته ، فهذا على وجهين : [١٣٣ ب] .

فان عرف انه لو لم يخبر القاضى بما فيه يخبر غيره ، أمسك عن هتك[6] ستره وعرّض في أمره وقال الله اعلم به .

وان عرف أنه لو لم يخبر[7] هو لعدله[8] غيره فيقضى به القاضي

(١) ص : لم تزكيته ؟ .

(٢) ف ج م : وخبره ، ص : ويخبره عن اموره وسأل .

(٣) ب : فلا ينبغي ان يمسك .

(٤) الزيادة من س ل وفى ب : لانه لو أمسك ربما يمسك غيره .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) ل ب : عن هتكه وعرض في ...

(٧) ل : يخبره .

(٨) ف ج هـ ب : يعدل . ك ل س : يعدله غيره ، وما اثبتناه عن ص .

[فانه][1] لا يسعه أن يمسك ، بل عليه أن يخبر القاضي بما يعرف منه ؛ لأنه يؤدي الى[2] الخطأ ، وصيانة القضاء عن الخطأ واجبة[3] •

[٥٩٣] قال :

وقال ابو يوسف [رحمه الله] : ان[4] كان اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل ، اذا كان الذى يكون منه من القبيح ليس من الكبائر •

وهذا موافق لما روينا عن ابن المبارك [رحمه الله] قال :

العدل من كان ملازماً للجماعة •

[٥٩٤] واعلم أن للعدالة شرائط :

منها : أن يكون[5] ملازماً للجماعة ؛ لأن المخلص انما يتميز من المنافق بالمحافظة على الجماعة[6] ، فكذا العدل [يتميز][7] من غير العدل •

ومنها : ان يكون معروفا بصحة المعاملة فى الدينار والدرهم ؛ لأن الرجل[8] انما يعرف بالدينار والدرهم •

قال عمر رضى الله عنه :

لا تغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته ، انظروا الى حاله عند درهمه وديناره[9] •

---

(١) الزيادة من ل •

(٢) ص : يؤدى الى القضاء (وهو سهو) •

(٣) ب ف ج ك ل ص : واجب •

(٤) ف ج ك : اذا •

(٥) ج : ما يكون •

(٦) ل : الجماعات •

(٧) الزيادة من ل •

(٨) ص : لان امانة الرجل تعرف •

(٩) قول عمر رضي الله عنه : لا تغرنكم طنطنة الرجل في صلاته =

ومنها : أن يكون مؤديا للأمانة ؛ لأن الشهادة عند الشاهد أمانة ، فان كان معروفا باداء سائر الامانات [فانه][1] يستدل [به][2] على انه[3] يؤدي هذه الامانة على وجهها .

ومنها : أن يكون صدوق اللسان على ما قلنا من قبل .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

ومنها : أن يقل لغوه[4] .

=

...الخ رواه ابن الجوزي عن عبيد بن ام كلاب انه سمع عمر بن الخطاب رضوان الله عليه وهو يخطب الناس يقول : « لا يعجبنكم من الرجل طنطنته ولكن من ادى الامانة الى من ائتمنه ، ومن سلم الناس من يده ولسانه»(سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي : ١٤١) واخرجه ايضا عن ابى قلابة ان عمر ابن الخطاب رضوان الله عليه قال : « لا تنظروا الى صيام احد ولا صلاتـه ولكن انظروا الى صدق حديثه اذا حدث ، وامانته إذا أؤتمن ، وورعه اذا أشفى » (سـيرة عمـر ١٤١ ـ ١٤٢) وعـن ابي عبدالرحمن بن عطية ابن دلاف عن أبيه قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « لا تنظروا الى صيام امرىء ولا الى صلاته ولكن انظروا الى صدق حديثه اذا حدث والى ورعه اذا أشفى والى أمانته اذا أؤتمن» (ص١٣٧) ورواه عبدالله بن المبارك: اخبركم ابو عمر بنحيوية قال:حدثنا يحيى، قال حدثنا الحسين، قال اخبرنا محمد بن عبد قال : اخبرنا عبيدالله بن عمر عن عمر بن عبدالرحمن بن دلاف المزني عن ابيه عن بلال بن الحارث وكانت له صحبة انه سمع عمر بـن الخطاب يقول : لا يغرنكم صلاة امرىء ولا صيامه ؛ ولكن انظروا من اذا حدث صدق ، واذا اوتمن أدى ، واذا أشفى ورع (الزهد والرقائق : ٣٥٧ رقم ١٠١٠) . وأشفى اى اشرف على الموت .

(١) الزيادة من ل .

(٢) ك ج ف : يستدل على ، والزيادة من هـ س .

(٣) ف هـ ص ب : على أن .

(٤) ل : لهوه .

قال في الكتاب[1] :

ومنها : أن لا يكون معاقرا للنبيذ ، ينادم عليه .

وقوله : معاقرا ، يعنى : مداوماً .

وقوله : ينادم عليه ، يعنى : لا يشرب وحده ، ولكن يجمع الناس الى نفسه ، فأما اذا كان يشرب وحده لاستمراء الطعام [فانه][2] لا تسقط عدالته .

ومنها : أن لا يكون صاحب لهو .

ومنها : أن لا يكون مجربا عليه الكذب .

ومنها: [١٣٤آ] أن لا يكون قاذفا للمحصنات ؛ لأن قاذف المحصنات[3] ملعون ؛ قال الله تعالى :

« ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم »[4] .

ومن يكون ملعونا في الدنيا والآخرة كيف يكون مقبول[5] الشهادة ؟

[٥٩٥] قال :

والامور التى تسقط بها العدالة كثيرة[6] يطول[7] تعدادها .

---

(١) قوله (قال في الكتاب) ليس فى ب .

(٢) الزيادة من ل . وفى س : فلا .

(٣) ف ج ل ص : قاذف المحصن . وفى س قاذف المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة .

(٤) سورة النور : آية : ٢٣ .

(٥) ص س : مقبول القول .

(٦) ل : فهى كثيرة .

(٧) ف ج م : يطول تقديرها . ص يطول تعديدها .

والاصل فيه ما قلنا في الباب المتقدم •

[٥٩٦] قال :

ولو أن رجلا نزل بين ظهراني قوم لم يعرفوه قبل ذلك ، فأقام بين اظهرهم ، لم يظهروا[١] منه الا على خير ، قال ابو يوسف اولا[٢] اذا أقام كذلك ستة أشهر ، وسعهم ان يعدلوه ، ثم رجع ، وقال : اذا مكث سنة ولم يعرفوا منه الا خيرا ، جاز لهم ان يعدلوه •

وجه قوله الاول : أن الحاجة وقعت الى تبيين حال هذا الرجل ، وحال[٣] الرجل انما تبين لستة[٤] أشهر ؛ الا ترى أنا [قد][٥] ذكرنا قبل هذا ان[٦] الشهود اذا عدلوا ، ثم شهدوا في حادثة أخرى ، ان كان المتخلل قريبا لا يعدلهم ثانيا ، وان كان بعيدا يعدلهم ثانيا ، وقدروا[٧] تلك المدة بستة أشهر •

وجه قوله الآخر : أن الوقوف على حال الانسان انما يكون بالتجربة ، والمدة التى تصلح للتجربة سنة كما فى العنين •

وهذا لأن من الفرائض مالا يجب على الانسان الا بعد كمال السنة ؛ كالزكاة ، فلابد من أن يمكث سنة حتى يعرفوا انه هل يمنع الزكاة ، او يؤديها[٨] ، فلهذا قدرنا[٩] بالسنة •

---

(١) ف ج ك م : لم يظفروا • س : لا يظهروا •

(٢) ف ج : اولى •

(٣) ب : وحال هذا الرجل •

(٤) هـ : بستة •

(٥) الزيادة من هـ ص ب •

(٦) ص : ان الشهود اذا شهدوا وعدلوا ثم شهدوا •

(٧) ف ج م : وقد روى • س : وقدرنا • ب : وقد رأوا •

(٨) ج ف ب : يؤدي •

(٩) ل س : قدرناها •

[٥٩٧] قال :

ولو أن رجلين عدلين لهما معرفة وتمييز ، عدّلا رجلا عند[1] رجل، وسع ذلك[2] الرجل أن يعدل هذا الرجل الذى عدله الرجلان عنده اذا وقع في قلبه أن الأمر على ما قالا ، لأنهما لو عدلاه بين يدي المزكى يثبت المزكي التزكية ويبعث به الى القاضي ، والقاضي يقضى به •

وكذا[3] لو عدلاه[4] بين يدي القاضى ، فان القاضى يقضى [١٣٤ب] به ، ويقبل قولهما ، ويسعه أن يقول : هو عدل ، وأن يعدله[5] لو سأل [عنه][6] قاض آخر ، او انسان ، فجاز له ان يعدله ايضا •

لكن هذا ما لم يتقادم العهد •

وحدّه ما قلناه •

هذا اذا عدله [عنده] رجلان[7] •

وكذلك اذا عدله عنده رجل وامرأتان جاز له أن يعدله ؛ لما قلنا •

[٥٩٨] [قال][8]:

ولا ينبغي [له][9] أن يسأل عن[10] النساء أحداً[11] من الشهود

---

(١) ف ج م : عندنا وسع ذلك •
(٢) ك ب هـ : لذلك •
(٣) ب : وكذلك •
(٤) ب ك ص : عدلا •
(٥) ج ف ب : يعدل •
(٦) الزيادة من س • وفى ل ب : لو سال قاض آخر عنه •
(٧) ف ج ك : اذا عدله رجل والتصحيح والزيادة من س ص ب •
(٨) الزيادة من ص ب •
(٩) الزيادة من س ل •
(١٠) ف ج ب ك : من النساء •
(١١) ص : احد •

الا امرأة برزة تخالط الناس ، وتعاملهم ، وتخبر امورهم •

لأنها اذا كانت مخدّرة غير برزة ، لا يكون لها خبرة ، فلا تعرف أحوال الناس الا حال زوجها وولدها ، فلا يكون تعديلها معتبرا ، فلا يفيد السؤال [منها][1] •

امـا اذا كانت برزة تخـالط الناس ، فـان[2] لها خبرة ، فيفيد[3] السؤال ، والتعديل من أمور الدين ، فيستوي فيه الرجل والمرأة ؛ كرواية الاخبار ، ورؤية الهلال في رمضان ، خصوصا في تعديل النسوان [في ما][4] اذا شهد رجل وامرأتان •

لأن احوال النساء في بيوتهن ، انما يعرفها النساء حقيقة ، فالقاضي متى رجع في تعديلهن الى النساء وقف على مالا يقف عليه لو[5] رجع الى الرجال •

[٥٩٩] قال :

وقال ابو يوسف رحمه الله : من سـئل[6] عنه فقالوا نتهمه بشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاني لا أقبل [قولهم فيه][7] حتى يقولوا : سمعناه يشتم •

لأن مجرد التهمة ظن ، وبمجرد الظن لا يظهر الفسق ، فاذا قالوا

---

(١) الزيادة من ل •

(٢) ف ج ك م : كان لها •

(٣) ص : فيعد بتعديل والسؤال من أمور •••

(٤) الزيادة من ل •

(٥) ب ف م ص : ان لو رجع وقد سقطت العبارة من ج •

(٦) ص س ل ب : من سالت •

(٧) الزيادة من ل •

سمعناه يشتم ، فقد ظهر فسقه •

وفرق بين هذا وبين ما اذا قالوا : نتهمه بالفسق والفجور ، ونظن ذلك به ، فاني أقبل ذلك ، ولا اجيز شهادته •

والفرق : انهم متى قالوا : نتهمه بالفسق فما عدلوه بشيء البتة ، وكان هذا جرحا •

اما في الوجه الاول [فانهم][1] عدلوه في سائر الخصال ، الا انه تمكنت التهمة والظن في حق الشتم ، ومجرد التهمة والظن لا يكون معتبرا ، فلا يكون جرحاً •

والله تعالى اعلم [١٣٥آ]

* * *

(١) الزيادة من ل •

الباب السادس والثلاثون

في المدعى عليه يعدل الشهود

[٦٠٠] ذكر عن الشعبي أنه قال :

اذا رضي الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال[١] .

فالحديث يحتمل وجهين :

احدهما : أن الرجلين اذا حكما رجلا فحكم يجوز حكمه عليهما ؛ لأن حكم الحكم عليهما[٢] بمنزلة حكم القاضي المولى ؛ لأن لهما ولاية على انفسهما .

والثاني : ان الخصمين اذا اتفقا علـى رجل ليعدل الشهود ، فرضيا بذلك ، فعدلهم[٣] ذلك الرجل [فانه][٤] يجوز ، وتثبت العدالة بقوله .

وهذا ظاهر على قول ابي حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ، فانه لا

---

(١) قوله ذكر عن الشعبي انه قال اذا رضى الخصمان بقول رجل جاز عليهما ما قال ، اخرج وكيع عن الشعبي ما يماثله اذ روى عن محمد ابن علي بن السرخسي قال : حدثنا بكر بن خداش قال : حدثنا شريك عن جابر عن الشعبي قال : كان شريح يسأل الخصم عن الشاهد فان قال هو رضا اجازه عليه (اخبار القضاة : ٢/٢٣٧) وروى عن الحسن ما يشبهه ايضا فقد حدث عن يونس بن محمد عن سوار بن مسعود ابي سهل اليربوع قال : خاصمت الى الحسن فجاء شهود فشهدوا علي منهم موسى بن سالم وصالح بن هرمان فقال الحسن : ما تقول في هؤلاء ؟ قال : عدول مرضيون فقضى علي فقلت : والله لقد قضيت علي بجور قال ذلك عملك بنفسك شهدت انهم عدول مرضيون (اخبار القضاة ٢/١١) .

(٢) قوله (لان حكم الحكم عليهما) ليس في ف ج م هـ .

(٣) ف ج هـ ب ص : فعدل .

(٤) الزيادة من ل .

يشترط العدد فى المزكى عندهما •

وعند محمد رحمه الله يشترط العدد فى المزكي • فيكون هذا حجة عليه ، لكن يقول انما يشترط العدد فى المزكى[١] عندي اذا لم يوجد الرضا من جهة الخصم ، اما اذا وجد فتزكية الواحد وتعديله جائزة[٢] •

[٦٠١] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله : اذا عدل المشهود عليه الشهود الذين شهدوا عليه ، فان القاضي لا يجتزىء بذلك حتى يسأل عنهم في قول من يرى المسألة عن الشهود •

اما عند ابي حنيفة فالسؤال[٣] ليس بشرط ، الا أن يطعن المشهود عليه فيهم •

وعندهما : السؤال شرط ، لكن ههنا لم يجعل تعديل المشهود عليه تعديلا •

لأن المشهود[٤] عليه اذا عدل الشهود لا يخلو :

اما ان عدلهم[٥] قبل ان يشهدوا ، فقال : هم عدول ، فلما شهدوا عليه أنكر ما شهدوا[٦] به ، وقال للحاكم : سل عنهم •

---

(١) العبارة مبتدئة بقوله : فيكون هذا حجة ••• الى هنا ليس في ج •

(٢) ص : جاز •

(٣) ك ص ف ج : السؤال •

(٤) ف س : ثم المشهود عليه •••

(٥) ف ج ك ص س : عدل وما اثبتناه عن ل ب •

(٦) ف ج ص : يشهدوا •

او عدلهم[1] بعد ما شهدوا عليه •

ففي الوجه الاول : القاضي لا ينفذ ذلك عليه ، ويسأل عنهم ؛ لأنه لو قال بعد ما شهدوا عليه : هم عدول ، ولم يزد على هذا [فانه][2] لا يعتبر تعديله ؛ لما نبين • ويسأل عنهم على قول من يرى السؤال عنهم ؛ فاذا قال قبل ان يشهدوا عليه اولى[3].

اما اذا عدل المشهود عليه بعدما شهدوا عليه فهذا [١٣٥ب] على ثلاثة اوجـــه :

اما ان قال : صدقوا في ما شهدوا علي به •

او قال : هم عدول في ما شهدوا به لي وعلي[4] ، جائزة شهادتهم لي وعلي.[5] •

أو قال : هم عدول ، ولم يزد على هذا •

ففي الوجه الاول والثاني أمضى[6] ذلك الحكم وانفذه عليه ، لان قوله : صدقوا في ما شهدوا به علي ، وقوله : هم عدول في ما شهدوا به علي اقرار[7] بالمال منه ، فالقاضي يقضى عليه بالاقرار[8] لا بالشهادة •

---

(١) ف ج ك ص ب : عدل •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) س : كان اولى • ص : قبل ان يشهدوا عليهم هم عدول بما يشهدون علي أولى •

(٤) ف : أو علي • س : فيما شهدوا به شهادتهم جائزة لي وعلي، أو قال •

(٥) ف : او علي •

(٦) ل : الحاكم يمضي ذلك الحكم وينفذه •

(٧) ف ج : اقرار باطل منه وهو تصحيف ، س : اقرار منه بالمال•

(٨) ل : باقراره •

وفي الوجه الثالث : لا يكتفى[1] بهذا التعديل [بل][2] لم يجعل تعديل المشهود عليه الشهود[3] تعديلا هنا ، وهو المذكور فى الجامع الصغير في باب القضاء فى الشهادة •

وقال فى كتاب التزكية : اذا عدل المشهود عليه الشهود ، فان[4] كان المشهود عليه من أهل التعديل جاز تعديله •

اعتبر تعديل المشهود عليه الشهود ثمة[5] •

وهكذا ذكر صاحب الكتاب فى آخر الباب ، فكأنه أراد به فى اول الباب •

وفى الجامع الصغير : أذا لم يكن المشهود عليه من أهل التعديل •

او كان فى المسألة روايتان •

او يحمل[6] ما روي انه لا يعتبر[7] فى ما اذا جحده ، وما روي انه يعتبر فى ما اذا سكت • ذكرت[8] هذا التأويل فى شرح الجامع الصغير •

لكن هذا التأويل لا يتأتى على ما ذكره صاحب الكتاب ، فانه وضع المسألة فى آخر الباب فى الجحود ، وقال : غلط الشاهد ، ومع هذا قال يعتبر ، فكان تأويل ما ذكر الخصاف ما قلنا •

---

(١) ف ج : ولا ينبغي •

(٢) الزيادة من ص وليست فى الاصل ولا فى النسخ الاخرى •

(٣) هـ : للشهود •

(٤) ف ج ك : اذا كان • ص : ان كان •

(٥) ص : المشهود عليه الشهود عليه ثمة • ب : تعديل المشهود عليه ثمة •

(٦) ب : يحتمل •

(٧) ب : انه يعتبر •

(٨) ص : ذكر •

ثم اذا صح التعديل فعند ابي حنيفة رحمه الله لا حاجة الى التعديل ، وعند ابي يوسف رحمه الله يحتاج الى التعديل ، وتعديل الواحد يكفي ، فيكتفي بتعديل المشهود عليه ، الا رواية روى عنه في آخر الباب انه لا يعتبر تعديل المشهود عليه لما نبين ان شاء الله تعالى .

وعند محمد رحمه الله يحتاج الى المثنى ، فيتوقف القضاء على تعديل آخر .

ثم فرقوا بين تعديل المشهود عليه قبل الشهادة وبعد [١٣٦آ] الشهادة ، فقالوا[1] : لا يعتبر تعديله قبل الشهادة ، ويعتبر بعد الشهادة .

والفرق : انه متى عدل قبل الشهادة يمكنه الجمع بين التعديل والجرح ، فيقول : كان عدلا لكن تبدل حاله ، والحال مما يحتمل التبدل[2] ، اما ههنا [فانه][3] لا يمكنه الجمع بينهما ، فيعتبر تعديله .

[٦٠٢] قال :

وان شهد عليه شاهدان ، فعدل احدهما بعد ما شهد عليه ، وقال للقاضي : قد غلط عليّ ، أو وَهِمَ ، فان القاضي لا ينفذ شهادة هذا وحده ، لكن يسأل عن الآخر ، فان عدل ، انفذ ذلك عليه .

اعتبر[4] تعديل المشهود عليه ههنا .

وقوله : قد غلط عليّ ، أو وهم ، ليس[5] بجرح فيه ، فان عدل الآخر جاز القضاء .

---

(١) ب : قالوا .

(٢) ب ج ف هـ ص : التبديل .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) ل : فقد اعتبر .

(٥) ل : فهو ليس بجرح .

[٦٠٣] قال :

وان شهدا[١] عليه فقال بعد ما شهدا[٢] عليه : ما شهد[٣] به فلان علي حق ، او قال : الذى شهد به علي فلان هو الحق ، ألزمه القاضي ، ولم يسأل عن الآخر •

لأن هذا اقرار منه •

[٦٠٤] قال :

وان[٤] قال ذلك قبل ان يشهدا[٥] عليه ؛ بأن قال : الذى يشهد به فلان عليّ حق ، أو قال : الذى يشهد به فلان علي هو الحق ، فلما شهدا[٦] عليه قال للقاضي : سل عنهما ، فانهما شهدا علي بباطل ، وما كنت اظنهما يشهدان عليّ بما شهدا به ، لم[٧] يلزمه ذلك ، ويسأل القاضي عنهما ، فان عدلا أمضى شهادتهما ، وانفذها ، وان لم يعدلا فلا [يمضيها][٨] •

لأنه لما قال : الذى يشهد به فلان علي حق ، هذا اقرار متعلق بالخطر ، وتعليق الاقرار بالخطر[٩] لا يصح ، فاذا لم يصح الاقرار بقى مجرد الشهادة ، فيحتاج الى التعديل ، لأن المشهود عليه طعن فيهما ، وعند الطعن يسأل عنهما[١٠] بالاجماع •

---

(١) ص : شهدوا •

(٢) ص : شهدوا • ف ج ك : شهد •

(٣) ب ص : الذى شهد به •

(٤) ل : وان كان قال •

(٥) ف ج : يشهدوا • س : يشهد •

(٦) ك ف ج ل ب : شهدوا •

(٧) ص : ولم •

(٨) الزيادة من ل •

(٩) ف ج م : وتعليق الخطر بالاقرار •

(١٠) ب ل س : عنهم •

[٦٠٥] قال :

وقال ابو يوسف رحمه الله في الاملاء : اذا شهد رجلان لرجل على رجل بحق ، فقال المشهود عليه بعد ما شهدوا : هما عدلان ، لم يجتزىء[١] القاضى بذلك ، ولم يحكم بشهادتهما حتى يسأل عنهما .

على هذه الرواية ابو[٢] يوسف [١٣٦ب] لم يعتبر تعديل المشـــهود عليه ، وهكذا نص على قوله وقول محمد رحمه الله فى اول الباب .

فعلى قول من يرى السؤال لا يجتزىء بذلك .

يعنى على قولهما .

وهكذا نص[٣] في الجامع الصغير .

ووجه التأويل ما قلنا .

وان قال : شهدا علي بالحق[٤] ، أو قال : الذى شهدا به[٥] من هذه الشهادة حق ، او قال : صدقا[٦] في ما شهدا به علي ، فان القاضي يحكم عليه بقوله .

لأن هذا اقرار منه أن الحق واجب عليه فيقضى باقراره .

والله تعالى اعلم

★ ★ ★

---

(١) س : لم يجز .

(٢) ل : فابو يوسف .

(٣) ص : نص عليه .

(٤) ف ج م : بحق .

(٥) ل : به علي من .

(٦) ب ف ك ص ل هـ : صدقا علي فى ما شهدا به .

الباب السابع والثلاثون

في الملازمة

[٦٠٦] ذكر عن عبدالله بن كعب بن مالك عن ابيه ، انه تقاضى ابن ابي حَدْرَد[١] دينا[٢] له عليه ، فمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو يلازمه[٣] في المسجد ، فقال :

« ما لك يا كعب ؟ »[٤].

فقال :

يا رسول الله ، دين لي على هذا .

---

(١) ف ج ك : ابن ابي خدرة وهو تصحيف وما اثبتناه عن ل وعن النسخ الاخرى وعن كتب التخريج والترجمة .

وابن ابي حدرد عبدالله بن ابى حدرد ، واسم ابيه سلامة ، وقيل عبد بن عمير الاسلمي ، له صحبة ، يكنى ابا محمد ، اول مشاهده الحديبية، وخيبر ، وما بعدهما ، وبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم عينا الى مالك ابن عوف النصري ، وفي سرية اخرى قتل فيها عامر بن الاضبط . توفى ابن ابي حدرد سنة احدى وسبعين ، انظر سيرته وترجمته في سيرة ابن هشام : ٢/٤٣٩ ـ ٤٤٠ ، الاستيعاب : ٢/٢٥٥ الاصابة : ٢/٢٨٦ ـ ٢٨٧ رقم ٤٦٢١ ، اسد الغابة : ٣/٢١٠ ـ ٢١١ رقم ٢٨٨٨ وفيها مصادر، تقريب التهذيب : ٢/٤١٠ رقم ١٨ ضمن ترجمة ابيه وقابل ذلك بما في ذلك ٢/٥٠٠ منه .

(٢) ب : دماً .

(٣) ل : ملازمه .

(٤) كعب هو ابن مالك الخزرجي الانصارى الصحابي يكنى ابا عبدالله ، وقيل يكنى ابا عبدالرحمن ، شهد العقبة فى قول الجميع ، ولم يتخلف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى غزوة بدر وتبوك ، وهو

فأشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن ضع عنه شطراً[1].

قال :

قد فعلت يا رسول الله .

قال :

« قم فأدّ اليه حقه »[2] .

في الحديث فوائد :

منها : أن لصاحب الحق حق ملازمة المديون .

ومنها : انه يجوز الجلوس فى المسجد لغير الصلاة .

ومنها : ان الاشارة تقوم مقـــام العبارة ، وان كـــان قادرا على البيان باللسان[3] ؛ الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشار اليه ان ضع عنه

=

احد الثلاثة الذين خلفوا وضاقت عليهم الارض بما رحبت وانزل الله بشأنهم قرآنا ، وكان من شعراء رســـــول الله صلى الله عليه وسلم ، وخبره في الصحيحين ، توفي في خلافة معاوية على الاشهر بعد ان ذهب بصره انظر ترجمته فى الاستيعاب : ٣/٢٧٠ ــ ٢٧٤ ، الاصابة : ٣/٢٨٥ ــ ٢٨٦ ، رقم ٧٤٣٥ ، اسد الغابة : ٤/٤٨٧ ــ ٤٨٩ ، سيرة ابن هشام : قسم ١/ ص ٤٦٢ ، قسم ٢/ص ١٣٨ ، ٣٤٨ ، وديوانه طبع ببغداد . وفضائله في الصحاح ، ومستدرك الحاكم : ٣/٤٤٠ ــ ٤٤١ .

(١) س : شطر المال قال فعلت ، ج : قال نعم يا رسول الله .

(٢) حديث عبدالله بن كعب بن مالك عن ابيه ، انه تقاضى ابن ابى حدرد دينا له عليه ... الى آخر الحديث رواه الجماعة الا الترمذى عـن كعب بن مالك وقد مرّت الاشارة الى بعض مظانه فى الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٢٩٨ ضمن تعليقات الفقرة ١٦٤ .

(٣) قوله (باللسان) ليس في ب .

شطرا ، وكان قادرا على البيان باللسان •

ومنها : ان صاحب الدين مندوب الى الاحسان الى المديون ، وتمام الاحسان بوضع[1] الشطر ، وقد تقدم بيان هذا الكلام قبل هذا[2] •

[٦٠٧] ذكر عن حسيل بن خارجة الاشجعي[3] قال :

لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغزو خيبر ، لم يبق احد من يهود المدينة له دين على احد من المسلمين الا لزمه ، وكان لابي الشحم[4] اليهودي عليّ درهمان ، فاستعدى علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « الزمه ، حتى يؤدي اليك حقك » •

فعمدت الى شقيقة[5] كانت علي سنبلانية[6] فادخلتها السوق [١٣٧آ]

(١) ف ج م : ان يوضع •

(٢) قوله : وقد تقدم بيان هذا الكلام قبل هذا ، مر ذلك فى الفقرتين ٤٩١ و ٤٩٢ من الجزء الثاني من الباب الحادى والثلاثين من هذا الكتاب •

(٣) في الاصل وسائر النسخ : حسين بن خارجة الاشجعي وما اثبتناه عن ل وهو الصحيح ، وقد يقال فيه بالنون ايضا على ما يفهم من قول ابن حجر في الاصابة ، وان كان قد رجح ان يكون حسين غيره ، وحسيل بالتصغير ويقال بالتكبير ويقال حسل وحنبل وهو ابن خارجة وقيل ابن نويرة الاشجعي روي عنه انه قدم المدينة فى جلب يبيعه فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا حسيل هل لك ان اعطيك عشرين صاع تمر على أن تدل اصحابي على طريق خيبر ، قال ففعلت قال فاعطاني ، فذكر القصة وقال : فاسلمت وروى عنه انه شهد خيبر مع رسول الله (ص) انظر الاصابة : ١/٣٣١ رقم ١٧٢١ الاستيعاب : ١/٣٨٩ – ٣٩٠ ، اسد الغابة : ٢/١٧ رقم ١١٦٧ •

(٤) ف : سحم • ك : شحم • وما اثبتناه عن ل وعن الطبقات الكبرى لابن سعد ج ١ قسم ٢ ص ١٧٣ •

(٥) الشقيقة قال ابن الاثير : الشقة : جنس من الثياب وتصغيرها شقيقة وقيل هى نصف ثوب (نهاية : ٢/٤٩٢) •

(٦) سنبلانية : قال ابن الاثير : فى حديث عثمان انه ارسل الى =

فبعتها بستة دراهم ، فقضيته[1] درهمين ، وخلفت عند اهلي درهما ، وتزودت بدرهم ، واشتريت شملة بدرهمين ، فلبستها ، فبينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة مقمرة ، وهو خلفي يسير ، وانا لا اعلم ، اذ نظر الى ضوء القمر على الشملة كانه شمس فقال :

« ما هذا يا حسيل[2] ؟ » .

فقلت : يا رسول الله شملة اشتريتها .

ثم اخبرته[3] خبرى ، فقال عليه الصلاة والسلام :

« أنت[4] والله واصحابك من الفقراء المهاجرين الذين يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف » .

ثم قال :

« اللهم [انهم][5] عالة ، فاغنهم[6] ، وحفــاة ، فاحملهم ، وعــراة

=

امرأة بشقيقة سنبلانية اى سابغة الطول يقال ثوب ســنبلانى ، وســنبل ثوبه اذا أسبله وجره من خلفه او أمامه ، والنون زائدة مثلها فى سنبل الطعام وكلهم ذكروه فى السين والنون حملا على ظاهر لفظه (نهاية ٢/٤٠٦) ونقل عن الهروى انه يحتمل ان يكون منسوبا الى موضع من المواضع ، (نهاية ٢/٤٠٧) .

(١) ص : فقضيت ، س ب : فقبضته .

(٢) ك وسائر النسخ : يا حسين وما اثبتناه عن ل .

(٣) ب : ثم اخبرته فقال ...

(٤) ف ج هـ : انت واصحابك .

(٥) الزيادة من ل ص ب .

(٦) ب : فآتهم .

فاكسهم »[1].

فما رجع منا أحد الا ومعه بعيران وثلاثة ومن الطعام والتمر حملان ، ومن الكسوة والاثاث والخرثى[2] سوى سهامنا كثير[3].

---

(1) قوله « اللهم انهم عالة فاغنهم وحفاة فاحملهم وعراة فاكسهم » ورد هذا الحديث من رواية عبدالله بن عمرو بشأن المؤمنين فى غزوة بدر الذى رواه ابو داود فى الجهاد عن احمد بن صالح ، ثنا عبدالله بن وهب ، ثنا حيي ، عن ابي عبدالرحمن الحبلى ، عن عبدالله بن عمرو ان رسول الله (ص) خرج يوم بدر في ثلثمائة وخمسة عشر (كذا) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اللهم انهم حفاة فاحملهم ، اللهم انهم عراة فاكسهم ، اللهم انهم جياع فاشبعهم » ، ففتح الله له يوم بدر فانقلبوا حين انقلبوا وما منهم رجل الا وقد رجع بجمل او جملين واكتسوا وشبعوا . (سنن ابى داود : ٣/٧٩ رقم ٢٧٤٧) .

(2) ب هـ : والخز ، ص : والحراب . س : ومن الكسوة والاثواب والحرير وما اثبتناه عن الاصل وبقية النسخ وقد جاء فى حاشية الاصل ك : الخرثى : متاع البيت وعند الفقهاء سقط متاعه . انتهى وفى مادة خرث من النهاية قال ابن الاثير : فيه « جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم سبي وخرثي » والخرثي : اثاث البيت ومتاعه (النهاية في غريب الحديث والاثر : ٢/١٩) .

(3) حديث حسيل بن خارجة الاشجعي ورد مقتضبا فى ترجمته فلتنظر مصادر ترجمته وقد ورد فى ترجمه عبدالله بن ابى حدرد ما يشبه هذه القصة فى ما رواه الامام احمد عنه انه كان ليهودى (وسماه الواقدى ابا الشحم اليهودى) عليه اربعة دراهم فاستعدى عليه فقال يا محمد ان لي على هذا اربعة دراهم وقد غلبنى عليها فقال اعطه حقه ، قال والذى بعثك بالحق ما أقدر عليها قال اعطه حقه ، قال والذى نفسي بيده ما اقدر عليها ، قد أخبرته انك تبعثنا الى خيبر فارجو ان تغنمنا شيئاً فأرجع فاقضيه ، قال اعطه حقه ، قال : وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قال ثلاثا لم يراجع ، فخرج ابن ابى حدرد الى السوق وعلى راسه عصابة وهو =

في الحديث فوائد :

منها : أن لصاحب الدين[1] حق الملازمة ، وان كان المديون معسرا ؛ الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف اعسار المديون ، ومع[2] ذلك أمر اليهودي بأن يلزمه ، فيكون حجة على اسماعيل بن حماد .

ومنها : أنه اذا كان للمديون ثياب يلبسها ، ويمكنه ان يجتزىء بما دون ذلك ، فانه يبيع ذلك ، ويقضي ببعض ذلك الثمن الدين ، ويشتري بما بقي ثوبا .

[٦٠٨] ذكر بعد هذا حديث الهرماس بن حبيب[3] .

= متزر ببرد ، فنزع العمامة عن رأسه فاتزر بها ، ونزع البردة فقال اشتر مني هذه البردة فباعها منه باربعة الدراهم ، فمرت عجوز فقالت . مالك يا صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فاخبرها ، فقالت : ها دونك هذا ، ببرد عليها طرحته عليه (مسند الامام احمد ٣/٤٢٣) وانظر مغازي الواقدي : (٢/٦٣٤) ، واسد الغابة : (٣/٢١١) .

(١) س : لصاحب الحق حق الملازمة .

(٢) ب : مع (بسقوط الواو) .

(٣) الهرماس بن حبيب قال ابن حجر عنه هو الهرماس بن حبيب التميمي العنبرى وقال في موضع آخر هو الهرماس بن حبيب بن الهرماس ابن زياد الباهلي عن أبيه[عن جده] انه وفد على النبي(ص) قال:....رجل فظلمني فقدمته الى النبي (ص) فأمرني بملازمته وقال ابو حاتم الرازي الهرماس شيخ اعرابي لا يعرف ابوه ولا جده انظر نبذة من اخباره في لسان الميزان : ٦/١٩٣ رقم ٦٨٧ ، تقريب التهذيب : ٢/٣١٦ رقم ٦٠ من حرف الهاء ، تهذيب التهذيب : ١١/٢٧ ، علل الحديث : رقم ١٤٢٤ .

وحديث الهرماس بن حبيب رواه ابو داود فى الاقضية عن معاذ بن اسد ثنا النضر بن شميل ، اخبرنا هرماس بن حبيب – رجل من أهل البادية – عن ابيه عن جده قال : اتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي فقال لي « الزمه » ثم قال لي : « يا اخا بني تميم ما تريد ان تفعل =

وفيه دليل على أن لصاحب الدين أن يلزم غريمه •

[٦٠٩] واذا ثبت ان لصاحب الدين حق ملازمة[١] الغريم ، فالخيار[٢] اليه دون المطلوب[٣] ؛ ان شاء حبسه ، وان شاء لازمه •

لأن الحبس او الملازمة مشروع لايصال حقه [اليه][٤] ، وطبائع الناس تختلف[٥] في هذا ، فكان الخيار اليه •

وقد مر هذا الفصل في الباب الحادي والثلاثين •

باسيرك ؟ » (سنن ابى داود : ٣/٣١٤ رقم ٣٦٢٩) ورواه ابن ماجة في الصدقات عن هدية بن عبدالوهاب ثنا النضر بن شميل ثنا الهرماس بن حبيب عن ابيه عن جده قال : اتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغريم لي فقال لي « الزمه » ثم مر بي آخر النهار فقال : « ما فعل اسيرك يا اخا بني تميم ؟ » (سنن ابن ماجة : ٢/٨١١ رقم ٢٤٢٨)ورواه البيهقي عن ابي علي الروذباري أبنا ابو بكر بن داسة ، ثنا ابو داود ••• وساقه باسناد ابي داود ولفظه الذى مر ، ثم رواه عن ابى نصر بن قتادة ، انبأ ابو حاتم محمد بن يعقوب بن اسحق بهراة ثنا محمد بن عبدالرحمن السلمي ثنا اسحق ابن ابراهيم انبأ النضر بن شميل ثنا هرماس•••الى آخر الحديث(السنن الكبرى : ٦/٥٢ ـ ٥٣) وانظر علل الحديث لابن ابى حاتم وفيه قال الرازي : سألت ابي عنه فقال : لم يرو هذا الحديث غير النضر عن الهرماس والهرماس شيخ اعرابي لا يعرف ابوه ولا جده (علل الحديث رقم ١٤٢٤) •

(١) س : حق الملازمة لغريمه •

(٢) ف ج ب : والخيار •

(٣) ف ج ك : دون المظلوم •

(٤) الزيادة من ب س ل ••

(٥) س : وطبائع الناس فى هذا مختلفة •

[٦١٠] ومتى اختار الملازمة لا يجلسه[١] في موضع ، ولكن يدور معه، ولو أراد الدخول في داره للأكل والشرب او الوضوء ، فلا يمكن المدعى من الدخول معه ، فان الانسان قد يحتاج الى [١٣٧ب] الخلوة في بعض الامور ، فلا يكون للمدعي أن يمنعه عن ذلك ، فيجلس على باب الدار[٢] ، فاذا خرج لازمه ، ودار معه .

وقد مر[٣] بعض هذه الفصول في ذلك الباب .

[٦١١] ثم قال صاحب الكتاب :

لأن الملازمة انما تكون في المساجد .

قال القاضي الامام ابو علي النسفي :

وليس[٤] هذا مذهبنا ؛ لأن المساجد انما بنيت لذكر الله تعالى واقامة الصلاة فيها ، فمن جوز الملازمة في المسجد لا يحمدها[٥] .

[٦١٢] قال :

فان قال المطلوب : احبسني له ؛ فان الحبس أرفق لي من الملازمة ، فانه ينظر : ان لم يكن به ضرر من تلك الوجوه التى بيناها[٦] ، والمنع من الدخول للاكل والشرب ، او الوضوء ، وما يحتاج اليه من الخلوة ، لا يحبسه القاضي ؛ لأنه متعنت .

لأن الملازمة دون الحبس .

---

(١) س ف ج : لا يحبسه .

(٢) س ك ل : على باب داره .

(٣) س : وقد مرت هذه الفصول .

(٤) ل : وليس مذهبنا هذا .

(٥) ك : لا يحمده . ف ج ص : لا يحـ حل . ب ل هـ س : لا يحمد .

(٦) ف ج : التى سالها .

وان كان به[1] ضرر من تلك الوجوه حبسه[2] القاضي .

لأن الحبس اعلى من الملازمة ، فلما رضي بالاعلى علم انه يتضرر بالملازمة ، فعلى القاضي أن يزيل ذلك الضرر عنه .

[٦١٣] قال صاحب الكتاب :

وانما يحبس عن منزله والاضطراب في اموره ، فأما ان يدخل عليه ضرر فلا ينبغي ذلك .

وانما يمنع عن[3] ذلك حتى يضجر قلبه ، فيتسارع[4] الى قضاء الدين .

واراد بالحبس عن المنزل[6] لا لتلك الامور التى بيناها[7] ، التى فيها ضرورة[8] .

واراد بالاضطراب في اموره التردد في أمر معاشه والكسب[9] لاهله

---

(١) هـ ف ج ب : وان كان له ضرر .

(٢) ف ج : يحبسه .

(٣) ص : وانما يمنع عن الدخول .

(٤) ص ل : فيسارع .

(٥) س : عن المنزل الحبس لا لكل الامور . ل : عن المنزل الا لتلك الامور .

(٦) ف : التى بينا ولهذا التى ... ج : التى بينا وانما التى . هـ : التى يتناولها .

(٧) ل : ضرره .

(٨) س : التكسب . ف ج م : والتسبب والكسب .

وعياله .

وهذا يدل على انه اذا كان محترفا[1] يمنع من الاحتراف ؛ لأن ذلك من جملة التردد والاضطراب فى اموره ، وهو الصحيح لما نبين ان شـاء تعالى .

وقال بعض العلماء : لا يمنع لما نبين ان شاء الله تعالى .

[٦١٤] قال :

واذا ظهر افلاس الغريم فانه يخـــرج من السجن ، وللمدعي ان يلازمه .

وقد مر هذا فى ما تقدم .

[٦١٥] قال فى الكتاب :

قال بعض اصحابنا : اذا فلسه القاضى ، وأخرجه من السجن[2] حال [١٣٨آ] بينه وبين خصمه ، ولم يدعه يلزمه ، وقـال : اتركه يضطرب ، ويكتسب ، وينفق على نفسه وعليك .

دل هذا [على][3] أن المديون قبل الاطلاق من الحبس يمنع من الاكتساب ، فاذا اطلق لا يمنع فانه قال : اتركه يضطرب ويكتسب ، وينفق على نفسه وعليك[4] وعلى صاحب الدين .

---

(١) ف : متحرفا .

(٢) س : الحبس .

(٣) الزيادة من س .

(٤) ص ل : على نفسه وعلى صاحب الدين . ب : على نفسه وعلى صاحب البيت .

فكان هذا دليلا على ان المديون يمنع من الاكتساب فى الحبس •

قال الشيخ الامام شمس الائمة[1] السرخسى : هذا هو الصحيح من المذهب •

وقال بعض العلماء : لا يمنع [من ذلك][2] ؛ لان فى الاكتساب نظرا من الجانبين •

لكن[3] الصحيح انه يمنع •

لأن الحبس مشروع ليضجر[4] ، ومتى[5] تمكن من الاكتساب لا يضجر ، فيكون السجن له بمنزلة الحانوت[6] حينئذ ، فكان الاختلاف في الحبس وخارج الحبس سواء •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) س : شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) سقطت العبارة (وهو الصحيح من المذهب ••• الى هنا) من نسخة س •

(٤) ل : للضجر • ب : ليضجره •

(٥) ب : ومن تمكن •

(٦) س : بمنزلة الجنون (وهو تصحيف) •

الباب الثامن والثلاثون

في ما ينبغي للقاضي أن يعمل[1] به

[٦١٦] قال احمد بن عمرو رحمه الله :

وينبغي للقاضي أن يشـــرف على كاتبه وأصحاب مســـائله وامنائه ، ويتفقد[2] أحوالهم ، وأمورهم ؛ ليكون[3] على احوالهم بصيرا ، ويحاسب الأمناء على ما يعملون في كل سنة ، وعلى ما يجرى على أيديهم ؛ لينظر انهم هل خانوه في شيء ، ويقتصد في اجراء[4] الرزق عليهم .

اما اجراء[5] الرزق فلأنهم فرغوا أنفسهم لاقامة هذه الاعمال ، وهم محتاجون الى الكفاية ، فتكون كفايتهم في ما فيه كفاية القاضي ، وهو مـال بيت المال .

واما الاقتصاد فلأن[6] الاسراف يؤدي[7] الى الاجحاف ببيت المال ، والقاضي نصب ناظرا للمسلمين .

[٦١٧] قال :

ويسأل عن الأموال؛ فما كان من مال اليتيم له وصي[من جهة ابيه][8]

---

(١) هـ : ان يعمله .

(٢) هـ : ويفتقد .

(٣) ل : ليكون باحوالهم .

(٤) ص ج ف : أجر الرزق .

(٥) ص ج ف : اجر الرزق .

(٦) ك ف ج س : لان .

(٧) ل : مؤد .

(٨) الزيادة من س .

أقر[1] في يدي وصيه .

لأن الأب أقام الوصي في التصرف لولده الصغير مقام نفسه ، خلفا عن نفسه ، فكان رأيه باقيا ببقاء خلفه ، ولو كان باقيا حقيقة لم يكن للقاضي أن يتعرض لماله ، وكذا اذا كان باقيا حكما [ببقاء خلفه][2] .

وان لم [١٣٨ب] يكن[3] له وصي الأب اختار له وصيا من قرابته ، وأهل بيته ، ممن يوثق[4] بامانته ودينه ، فوصاه عليه ، وأمره بالقيام بأمره .

لأن مبنى الوصية على الشفقة ، ومن[5] كان بهذه الصفة كان أقرب الناس اليه ، فيكون[6] أشد الناس اشفاقا عليه .

لكن هذا اذا كان أهدى الى التصرفات .

اما اذا لم يكن أهدى الى التصرفات فلا[7] .

لأن تمام النظر في أن[8] يكون أقرب اليه ، وأهدى الى التصرفات[9] .
فان لم يكن في أهل البيت من يصلح لذلك فمن جيرانه .
لأن جيرانه اكثر شفقة عليه من غيرهم[10] ، فيكون أنظر[11] له .

---

(١) س : أقره في يده . هـ ب : أقره في يدي وصيه .
(٢) الزيادة من س وفي ص : فكذا اذا كان باقيا بابقاء حكمه .
(٣) س : وان لم يكن للاب وصي .
(٤) ص : يثق .
(٥) س : وما . ل : ومتى .
(٦) س : فيكون اشفق عليه لكن هذا . ل : فيكون اشدهم شفقة .
(٧) ب ك : لا وقد سقطت من ف ج م .
(٨) س : لان في تمام النظر فيمن يكون اقرب اليه اذا كان اهدى .
(٩) من قوله : اما اذا لم يكن اهدى ... الى هنا ليس في نسخة ص .
(١٠) ك : من غيره : س : اشفق عليه من غيرهم .
(١١) ص : فيكون الظن له (وهو تصحيف) .

فان لم يجد ذلك فيهم اختار من غـــيرهم ممن يثق بـه ، فوصاه على اليتيم ، واشهد له بذلك •

فاذا فعل[1] أجرى عليه رزقا لذلك •

ومتى اجرى أشهد له بالرزق •

لأنه لو لم يشهد له بالرزق لا يكون له حجة في ما يقبض من ارزاقه ليصدق[2] •

واذا أكل شيئاً مما[3] رزق لا يضمن •

[٦١٨] قال :

فاذا جعله القاضي وصيا على اليتيم جاز له في مال اليتيم مـا يجـوز للوصي من جهة الاب •

لأن وصي القاضي بمنزلة وصي الاب ، فيجوز له ما يجوز للاوصياء ، الا أن القاضي متى استثنى التصرف في العقار للوصي الذى نصبه يعمل هذا الاستثناء[4] ، حتى لا يملك التصرف في العقار •

والاب لو أوصى واستثنى التصرف في العقار لا يعمل هذا الاستثناء ، حتى كان للوصي ان يتصرف في المنقول والعقار جميعا •

لأن ولاية الاب لا تحتمل الوصف بالتجزؤ[5] ؛ لأنه لا يجوز أن يكون أمينا[6] في بعض الاشياء دون البعض ، فاذا أثبت[7] لغيره [ذلك][8]

(١) ف ج م ك : فاذا جعل

(٢) هـ : فيصدق •

(٣) ف ج هـ : ممن رزق •

(٤) س : الاستثناء منه • ل : فان هذا الاستثناء يعمل حتى ••

(٥) ف ج س : بالتحرى ، ب هـ ل ص : بالتجزي •

(٦) ك ل ص ب هـ : أبا ، ف ج م : أما • وما اثبتناه عن س •

(٧) س : ثبت •

(٨) الزيادة من ل •

نبت مطلقاً كما كان له •

أما ولاية القاضي [فانها][1] مما تحتمل الوصف بالتجزؤ[2] ؛ فـانه يجوز أن يقلده في بعض الاشياء دون البعض ، فكذا يملك اثباته لغيره •

[٦١٩] قال :

وان لم يجعله وصيا عليه ، لكن جعله قيما عليه ، فهذا القيم لا يملك التصرف بخلاف [١٣٩آ] الوصي •

لأن الوصاية اثبات ولاية التصرف له على الاطلاق ، فملك التصرف على الاطلاق[3] •

فأما القوامة[4] [فانها] عبارة عن الحفظ لا عن التصرف ، فيملك الحفظ ولا يملك التصرف •

ولو اشترى هـــذا القيم ما لابد للصبي منه فالقياس أن لا ينفذ على اليتيم ، لانه تصرف •

وفي الاستحسان ينفذ ؛ لأنه فوض اليه الحفظ ، والصبي انمـــا يبقى محفوظاً بالانفاق عليه ، وشراء ما لابد [له][5] منه ، فكان هذا من باب الحفظ •

فان جعله القاضي في ما يحفظ ماله ، ويزرع ، ويؤاجر ضياعـه ودوره ، ويجمع[6] غلاته ، ويبيع ما كان له من غلة[7] ، اشهد له القاضي

---

(١) الزيادة من ل •

(٢) ف ج ك م س : بالتحري ، ص ل : بالتجزي •

(٣) قوله : (النصرف على الاطلاق) ليس في ب •

(٤) ص هـ ف ج ك ل م : القيامة • والزيادة التي بعدها من ل •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) ج : وتجميع ، س : وبجمع غلته •

(٧) س : غلته • ص : ما كان له عليه أشهد ••

على ذلك أيضا ؟ ليعلم انه لا يجوز لـــه في مال اليتيم الا ما وكل بـه القاضي •

[٦٢٠] قال :

وينبغي للقاضي أن يقرض أموال اليتامى قوماً ثقاة •

لأن القاضي يحتاج الى حفظ مال اليتيم ، ولا يمكنه الحفظ بنفسه ، فيحتاج الى الحفظ بيدي غيره • وهذا[١] [يكون] باحدى الطريقتين : اما الاقراض[٢] ، واما الايداع ، والاقراض انفع للصبي ؟ لأنه مضمون على المستقرض •

الى هذا المعنى اشار صـــاحب الكتاب فقال : هو احـــوط من أن يودعها •

فان قيل[٣]: لو كان انفع لملكه الاب والوصي كما يملكان الايداع•

قيل[٤] : له في الاب روايتان :

في احدى الروايتين يملك [ذلك][٥] •

وفي الاخرى لا يملك •

والوصي لا يملك •

لأن الاقراض انما يكون انفع [له][٦] اذا تمكن[٧] من الاسترداد ،

---

(١) ف ج : واداء باحدى •• س : وذا بأحد الطرفين • ص : وذا بأحد الطريقين ب : وذا باحدى الطريقتين ، والزيادة من ل •

(٢) ص : الاقرار (وهو سهو) •

(٣) ل : فقيل •

(٤) ل : قلنا في الاب •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) الزيادة من ل •

(٧) ج : أو لا يمكن •

والاب والوصي لا يتمكنان [من الأسترداد متى شاءا][1] ؛ فانه ربما يجحد ، وربما يمكنهما[2] الاثبات وربما لا يمكن •

فأما قول القاضي فملزم ، فكان متمكنا من الاسترداد متى شاء ، فكان الاقراض منه انفع [له] •

فاذا[3] اقرض [ذلك][4] يكتب عليهم الصكاك[5] ويخلدها في ديوانه •

لأنه يحتاج الى حفظ قدر الدين ، وربما ينسى •

ثم يتفقد[6] أمور الذين يقرضهم أموال اليتامى ، فان أحس بخيانة أو افلاس اخرج المال من يده •

لأن القاضي لا يمكنه الاسترداد من المفلس ، ومن [١٣٩ب] الفقير؟ الا ترى انه لم يكن للقاضي ان يقرض مال اليتيم مفلساً في الابتداء ، فكذا لا يكون له أن يبقى على المفلس مال اليتيم •

وكذا يتفقد حال[7] وصيه ، فمتى أحس بخيانة منه اخرجه من

---

(١) الزيادة من س • وفي ل : والاب والوصي لا يملكان لانه ربما •

(٢) ف ج س : يمكنه •

(٣) ف : فان •

(٤) الزيادة من ل •

(٥) س : يكتب بذلك صكوكا ويخلدها • والصكوك والصكاك والاصك جمع صك وهو كتاب وهو فارسي معرب (الصحاح : مادة صكك: ٤/١٥٩٦) وفي اللسان قال ابو منصور : والصك الذى يكتب للعهدة •• : وكانت الارزاق تسمى صكاكا لانها كانت تخرج مكتوبة (اللسان مادة صكك : ١٢/٣٤٤) •

(٦) ل : ينفذ امور الذين •

(٧) ك ب : يتفقد عن حال •••

الوصاية ؛ لما قلنا .

[٦٢١] قال :

ولو اثبت الرجل عند القاضي حقاً بشهادة شهود عدول ، فينبغي له أن يعلم ذلك الخصم المدعى عليه انه يريد[١] القضاء عليه ، فان أتى من ذلك بمخرج قبل منه .

لأن شهادة المدعى انما تكون حجة اذا لم يأت المدعى عليه بحجة أخرى ، تعارض حجة[٢] المدعى ، وانما يتحقق العجز عن الاتيان[٣] اذا اعلمه القاضي بما يقضى ، وطالبه بحجة تعارضه .

ثم اختلفوا في اعلامه انه[٤] كيف هو :

قال بعضهم : يقول للمدعى عليه : قد ثبت[٥] هذا الحق للمدعى عليك بشهادة هؤلاء الشهود ، وعدلوا ، وعرفتهم ، وقد ثبت عندى ذلك ، فاخرج عن حقه ، ان لم يكن لك مخرج .

وان كان لك مخرج فأت به .

قال بعضهم : لا يقول هذا ؛ لأن قوله ثبت عندى يكون هذا حكماً منه ، لكن يقول : ان هؤلاء الذين شهدوا عليك بهذا الحق قد عدلوا ،

---

(١) ف ج : ان يرد . ك ل : أن يريد وما اثبتناه عن هـ ص .

(٢) ك : الحجة . ل : بحجة . ص : معارضة لحجة . هـ : فحجة . ب : تعارض لحجة وما اثبتناه عن ف ج م س .

(٣) ف ج : الايفاء .

(٤) لفظة (انه) ليست فى س هـ وفى ل : فى صورة اعلامه انها كيف هى .

(٥) س : قد ثبت عليك هذا الحق للمدعى بشهادة ...

وقد ثبتت عندي شهادتهم ، وانا عرفتهم ، ووجب القضاء له عليك ، فان خرجت عن حقه ، او اتيت بالمخرج ، والا وجهت القضاء له عليك •

وقال بعضهم بأن قوله ثبت عندي لا يكون حكماً منه •

[و][1] قد أفتى القاضى الامام ابو عاصم[2] انه يكون حكماً منه ، وهو اختيار الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى رحمه الله •

فعلى القاضي ان يتحرز عن هذا •

فاذا فعل ولم يأت [بالمخرج][3] في المدة التى ضرب له القاضى أجلا ، وسأل الطالب أن يحكم له عليه ، ويسجل له بذلك سجلا ، فعل ذلك ، وكتب[4] السجل بنسختين ، يدفع احداهما الى الطالب[5] والاخرى يخلدها فى ديوانه •

لأن الحق متى ثبت يحتاج المدعى الى الاستيفاء ، وانما يمكنه [١٤٠آ] الاستيفاء بحجة[6] ، فيدفع اليه احدى النسختين ؛ لتكون لـــه حجة ، ويخلد[7] في ديوانه نسخة اخرى ؛ لأنه يمكن المدعـى من استيفاء[8] الحق ، فينبغي أن تكون عنده حجة ، حتى يجوز له ان يمكنه •

---

(١) الزيادة من ف ج س ل ص ب •

(٢) ابو عاصم : هو الضحاك بن مخلد الملقب بالنبيل المتوفى ٢١٢ وقد مرت ترجمته •

(٣) الزيادة من س •

(٤) ل : ويكتب •

(٥) ف ج م : الى القاضي • س : يدفع اليه احدى النسختين •

(٦) ل : بالحجة •

(٧) س : ويخلد الاخرى فى ديوانه •

(٨) س : من الاستيفاء بحقه •

[٦٢٢] قال :

وكذلك لو ثبت الحق عليه باقراره ، يعلمه[١] انه يقضى عليه .

لأنه ربما[٢] يكون قد اوفاه او أبرأه .

فان أتى بالدفع[٣] ، والا قضى عليه له ذلك كما لو ثبت [الحق][٤] بالبينة .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

هذا اذا أقر فقال : بلى[٥] كان له علي هذا المال ، لكن قضيته ، او ابرأني الآن ، يمكنه أن يأتي بالمخرج .

اما اذا أقر فقال : هذا الذى ادعى علي حق ، وهو صادق في مقالته ، لا يمكنه ان يأتى بالمخرج ؛ لأنه أقر بالواجب للحال صريحا ، فلا يمكنه أن يأتي بالمخرج .

[٦٢٣] قال :

فان اراد[٦] أن يسمى الشهود في القصة[٧] سماهم ، فيكتب : ثبت عندي بشهادة شهود عدول [وهم][٨] فلان وفلان سماهم[٩] ، وهو أحوط .

---

(١) ص : يعلمه القاضي . ب : يعلم .

(٢) ف ج م : لانه قد يكون .

(٣) س : بالدافع .

(٤) الزيادة من س .

(٥) قوله (بلى) ليس فى س .

(٦) ل س ص : فان راى .

(٧) هـ ب في القضية .

(٨) الزيادة من س . وقد سقط قوله (وهم فلان وفلان) من نسخة ص .

(٩) ل : فيسميهم .

ليكون ذلك معلوما للقاضي بعد زمان اذا احتاج اليه انه بشهادة من قضى •

[٦٢٤] قال في الكتاب

واكثر الناس والقضاة لا يرون تسمية الشـهود في السجل ، بل يكتب : ثبت عندي بشهادة الشهود العدول •

لأنه لو سماهم في السجل ، وربما عدل[١] البعض دون البعض ، أدى ذلك الى[٢] الافتضاح على المسلم ، وقد امرنا بالستر •

لكن هذا في شهود شهدوا على الحق •

اما في شهود[٣] الفروع على شهادة الاصول فلابد[٤] أن يكتب في السجل اسماء شهود الاصول[٥] •

لأن القضاء لا يقع[٦] بشهادة الفروع[٧] ، وانما يقع بشـــهادة الاصول ، فلابد ان يصيروا معلومين للقاضي ، وذلك اذا[٨] لم يكونوا حضورا[٩] ، فطريق المعرفة بالاسم والنسبة •

---

(١) ل : يعدل •

(٢) س : الى فضيحة المسلم •

(٣) ف ج : اما في شهادة • س : اما في شهود الفرع •

(٤) ك : لابد • ل : فانه لابد •

(٥) س ب : الاصل • ل : الشهود الاصول •

(٦) ف ج م : يقع (بسقوط لا) •

(٧) س : الفرع •

(٨) ك هـ ب ص ف ج : وذلك ان يكونوا • ل : وذلك بان يكونوا حضورا والتصحيح من س •

(٩) ب : حضروا •

[٦٢٥] قال :

وان قضى لرجل على رجل بقود ، يعنى بقصاص في النفس ، او قصاص[١] [يعنى القصاص][٢] فيما [١٤٠ب] دون النفس ، او جد[٣] من حدود الله تعالى ببينة ، ينبغي للقاضى أن يشهد على ذلك انه ثبت عنده بينة شهدت عنده على هذا الرجل ، وعدلوا سرا وعلانية ، وانه قبل شهادتهم ، وأنفذها ، وقضى بذلك على الرجل ، ثم يقيده[٤] بعد ذلك ، اى[٥] يقتص منه ، او يحده •

لأنه لو لم يشهد ربما يتهم ، فينبغي [له][٦] ان يحتاط فى ذلك •

وان ثبت عنده باقراره[٧] أشهد على ذلك ايضا انه قضى عليه باقراره[٨] •

لأن البينة تخالف الاقرار ، فان الشهادة بعد تقادم العهد على حقوق الله تعالى غير مقبولة ، والاقرار مقبول •

[٦٢٦] ثم قال في الكتاب :

لأنه لا يؤمن ان يعزل القاضى عن القضاء ، فيدعي المطلوب ذلك فيقول : فعلت بي[٩] كذا وكذا ، فان قال : فعلت ذلك وأنا قاض ، لم

---

(١) ك هـ : قصاصا •

(٢) الزيادة من ل ب •

(٣) س : أو بحد •

(٤) ف ج : يعيده • س : يقده • ص : يقيدها •

(٥) ف ج ك هـ ب : او • ل : بعد ذلك ليقتص •

(٦) الزيادة من ل •

(٧) ب : باقرار •

(٨) ب : باقرار •

(٩) ب : فيّ •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

يؤمن أن يقدمه[1] الى قاض لا يرى ان يقبل قوله فيأخذه بذلك ويلزمه ، فان[2] هذا فصل مختلف فيه أن في مثل هذه الصورة هل يصدق القاضي [في قوله ذلك][3] ؟

اجمعوا[4] على انه لا يصدق في الاشياء القائمة .

واختلفوا في الاشياء الهالكة :

قال اكثر الفقهاء : يصدق .

وقال بعضهم : لا [يصدق][5] ؛ فربما يقدمه الى قاض يرى قول[6] اولئك انه لا يصدق[7] في القائمة والهالكة جميعا ، فينبغي له ان يشهد على قضائه شهودا[8] عدولا ، ويكتب بذلك ذكرا ، ويعده لوقت الحاجة .

[٦٢٧] قال :

وإذا اراد القاضي أن يكتب بشيء لرجل ثبت عنده ، وان يسجل له سجلا ، أخرج محضره ، ان كان بينة ، أو باقرار ، ثم أنشأ السجل[9] على المحضر - يعني على وفقه - وحكى[10] في السجل بما ثبت عنده للطالب ، وما أدلى به المطلوب من حجة[11] ان كان أدلى بشيء[12] يخرج به

---

(١) ف ، ان يعديه لايرى . ص : ان يقدمه الى قاض آخر .

(٢) ب : وان .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) ب : أجمعوا انه .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) س : قول من قال .

(٧) من قوله : وقال بعضهم لا يصدق ... الى هنا ليس في ص .

(٨) قوله (شهودا) ليس في ص ف ج ب .

(٩) ب : ثم اما السجل .

(١٠) ب ل ف هـ ص : وحكم في السجل .

(١١) هـ : من الحجة .

(١٢) ف هـ ب : بشيء به يخرج .

من بعض ما ثبت عنده [وعرض بنسخة السجل ، وتدبره[1] مرة بعد مرة ، حتى لا يكون في سجله خلل .

لأن السجل حكاية][2] ما جرى بين الخصوم كالصك ، فيذكر في السجل جميع[3] ما جرى [١٤١آ] ويعرض مرة بعد مرة ، حتى لا يكون فيه خلل .

[٦٢٨] قال :

واذا قال القاضي : ان فلانا هذا أقر عندي أن لهذا الرجل عليه دينا كذا وكذا ، او أقر انه قتل فلانا ولي هذا عمدا ، او قال خطأ ، او أقر بحق من الحقوق ، فالقاضي[4] مصدق في ذلك ، مقبول قوله ، مأمون عليه ، له ان يحكم بذلك وينفذه .

والمسألة على وجهين :

اما ان اخبر القاضي عن اقراره بشيء يصح رجوعه [عنه][5] ؛ كالحد في باب الزنى ، والسرقة ، وشرب الخمر ، ونحوه ، او لا يصح رجوعه [عنه][6] ؛ كالقصاص ، وحد القذف ، والاموال ، والطلاق ،

---

(١) ص : ويزيد مرة بعد اخرى .

(٢) مابين المعكفين سقط من متن الاصل ك وثبت على حاشيته وهو موجود في سائر النسخ . وفي س : حكى ما جرى من الخصومة . ف ج م : حكاية ما جرى من خصوم .

(٣) ب : جميع ما جرى من الخصوم ويعرض .

(٤) س : فهل القاضي مصدق .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) الزيادة من ل .

وسائر الحقوق •

ففي الوجه الاول : لا يقبل قول القاضى بالاجماع ؛ لأنه[١] انما يحتاج الى الرجوع الى قول القاضي عند جحود الخصم ، فاذا[٢] كان الخصم جاحدا كان ذلك رجوعاً عن الاقرار •

وفي الوجه الثاني : يقبل قول[٣] القاضى ؛ لأن القاضي أمين ، وليس بمتهم ، بدلالة انه ينفذ قضاؤه ، ولو كان متهماً لما نفذ قضاؤه ؛ الا ترى انه[٤] في حق نفسه وولده لما كان متهما لم ينفذ قضاؤه وقول الامين مقبول •

وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقبل[٥] قوله حتى ينضم اليه رجل آخر عدل •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

كان قول محمد كقول ابي حنيفة وابي يوسف في الابتداء ، ثم رجع عنه ، وقال : لا يقبل الا بضم رجل آخر عدل اليه •

وقد بينّا هذه الرواية في الجامع الصغير •

لكن ثمة روينا انه رجع وقال : لا يقبل مطلقا ، وههنا قلنا : لا يقبل[٦] الا بضم رجل آخر عدل اليه ، وهو المراد من الرواية المذكورة في الجامع الصغير •

---

(١) ف ج م : ولانه •

(٢) ك ب : واذا •

(٣) ب : قوله •

(٤) ف ج م : أن •

(٥) ج : انه يقبل •

(٦) قوله : (لا يقبل مطلقا وههنا قلنا لا يقبل) ليس في ص •

وكان[1] الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي[2] رحمه الله [قد] جعل المسألة على أربعة أوجه .

وقد شرحنا[3] ذلك في شرح الجامع الصغير . ثم صح رجوع محمد الى قول ابي حنيفة [١٤١ب] وابي يوسف رحمهم الله ، روى[4] عنه هشام[5] هذا القول .

---

(١) ل : وقال الشيخ .

(٢) الشيخ ابو منصور الماتريدي محمد بن محمد بن محمود ، امام المتكلمين ومصحح عقائد المسلمين تفقه على ابي بكر احمد الجوزجاني عن ابى سليمان الجوزجانى عن محمد ، وتفقه عليه الحكيم القاضي اسحق ابن محمد السمرقندى وعلي الرستغفني ، وابو محمد عبدالكريم بن موسى البزدوي ، وصنف التصانيف الجليلة ، ورد اكاذيب اقوال اصحاب العقائد الباطلة ، له كتاب التوحيد وكتاب المقالات وكتاب أوهام المعتزلة وكتاب تاويلات القرآن توفى سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة ، ونسبته الى ما تريد ، بضم التاء ، وفى آخرها دال وبعضهم يقول ما تريت بالتاء محلة في سمرقند انظر اللباب ــ المثنى ــ ٣/١٤٠ ، وحول ترجمته انظر الجواهر المضية : ٢/١٣٠ ــ ١٣١ رقم ٣٩٧ ، الفوائد البهية : ١٩٥ ، تاج التراجم : ص ٥٩ رقم ١٧٣ ، طبقات الفقهاء المنسوب الى طاش كبرى زادة ص ٥٦ طبقات ابن الحنائي الورقة ١٦ ، رسالة في بيان السلف من العلماء الراسخين الورقة ٨ ب .

(٣) ب س ص : وقد شرح ذلك .

(٤) هـ ف ج : وروى بزيادة واو .

(٥) هشام : وهو هشام بن عبيدالله وقيل بن عبدالله الرازي صاحب محمد وابي يوسف وحامل فقههما قال الصيمري كان لينا فى الرواية وقال ابو حاتم : صدوق وقال ابن حبان : كان يهم ويخطى على الثقات ، روى عن مالك وعن ابن ابي ذئب ، ولهشام كتاب صلاة الاثر وله نوادر وقد ذكر صاحب الهداية هشاما في باب الحج ، وهو الذى توفى محمد بن =

هذا اذا اخبر القاضى عن ثبوت الحق بالاقرار •

وان أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال : قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك يقبل في الوجهين جميعا اللذين ذكرناهما ، وله أن يحكم بذلك بخلاف الاقرار ، لأن رجوع الخصم ثمة يعمل وههنا لا يعمل •

[٦٢٩] قال :

واذا قدم الى القاضى رجل اعجمي والقـــاضى لا يفهم كلامه فانه يترجم[١] له رجل ثقة ، ويقبل ذلك فى قول ابى حنيفة وابي يوســف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لا يجوز ، الا أن يترجم له رجلان عدلان ، او رجل وامرأتان •

والخلاف في الترجمة على[٢] قياس الخلاف فى التزكية •

ثم علل لمحمد[٣] رحمه الله في الكتاب فى اشتراط العدد فقال : لأن هذا بمنزلة الشهادة[٤] ، لا يقوم بذلك الا من تقبل شهادته •

=:

الحسن فى منزله بالري • انظر ترجمته واخباره فى طبقات الفقهاء للشيرازي وفيه انه هشام بن عبدالملك وهو سهو : ص ١١٦ ، الجواهر المضية : ٢/ ٢٠٥ ـ ٢٠٦ رقم ٦٤٣ وفيه انه ابن عبيدالله ، الفوائد البهية : ٢٢٣ وفيه انه ابن عبدالله وقد نقل عن ابن حبان انه قال كان هشام ثقة ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة ص ٢٨ وفيه انه ابن عبدالله ، طبقات ابن الحنائي الورقة ٦٩آ ـ ٩ب وفيه انه ابن عبدالله ، لسان الميزان : ٦/ ١٩٥ رقم ٦٩٦ وفيه انه ابن عبيدالله •

(١) ل : يترجم عنه رجل • هـ : يترجم عنه له رجل •
(٢) ص : على خلاف القياس •
(٣) ف ج س ك م : محمد والتصحيح من مصحح ك وبقية النسخ•
(٤) ص : بمنزلة الشهادة على الشهادة لا تقوم •••

لأن القاضي اذا لم يعلم ما يتكلم به الخصم فكأنه لم يسمعه •

ثم قول المترجم يقبل[1] فى الحدود وغيرها[2] •

فان قيل : وجب ان لا يقبل ؟ لأن عبارة المترجم بدل عن عبارة الاعجمي ، والحدود لا تثبت[3] بالابدال ، الا ترى انه لا تثبت بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى •

قيل له : كلام المترجم ليس ببدل عن كلام الاعجمي ، لكن القاضى لا يعرف لسانه ولا يقف عليه ، وهذا الرجل المترجم يعرفه ويقف عليه ، فكانت عبارته كعبارة ذلك الرجل لا بطريق البدل ، لكن بطريق الاصالة[4] ؟ لأنه يصار الى الترجمة عند العجز عن معرفة كلامه كالشهادة يصار اليها عند عدم الاقرار[5] ، فان القاضى قبل[6] قبول الشهادة يبدأ باقرار المدعى عليه ، فيقول له : هل تقر بهذا او تجحد ؟ وليست الشهادة بدل عن الاقرار •

هذا هو الكلام فى الاعجمي •

[٦٣٠] واما الاخرس [١٤٢آ] فان الاخرس اذا خوصم الى القاضى فاشار عنده ، يعنى عند القاضى باشارة[7] اقرار بطلاق او غيره ، فان كانت تلك الاشارة معلومة معروفة عنه[8] تجربة[9] ، انفذ ذلك عليه ،

---

١) ب : مقبول فى الحدود •

(٢) ف ب هـ : وغيره •

(٣) ف ج م : لا تقبل •

(٤) قوله (لكن بطريق الاصالة) ليس في س ب •

(٥) ف ج ك : عند كلام الاقرار •

(٦) س : فان القاضي يقبل قول الشاهد ببذل اقرار المدعى عليه •

(٧) ص : باشارة بالاقرار •

(٨) ف ج ل : منه ، وقوله : (معلومة) ليس فى ل •

(٩) ب ص : مجربة •

يعني أنفذ القاضي ذلك عليه ويجعله كالعبارة •

وهذا استحسان •

والقياس أن لا ينفذ على الاخرس شيء من الحكم باشارته ، وهو قول بعض الفقهاء(١) •

وجه القياس ان علم القاضى لا يحيط باشارته ؛ لأنه ربما يشير بشيء ، فيعرف القاضى من ذلك خلاف(٢) ما يكون مقصوده ، فلا يصح القضاء باشارته ، ولهذا لم يصح في الحدود فى باب الزنى وفى باب الشهادة •

وجه الاستحسان أنا لو لم نقبل اشارته ، ولم نجعلها كالعبارة(٣) ، ادى الى أن يموت جوعاً ؛ لأنه اذا لم يبايع(٤) ، ولم يعامل ، يضطر ، فيؤدي الى اتلافه •

لكن هذا اذا عرف القاضى اشارته •

فان(٥) لم يعرف [اشارته](٦) فينبغي ان يستحضر من يعرف اشارته ، وهم(٧) اخوانه ، واصدقاؤه ، وجيرانه فيستحضر منهم من يعرف اشارته ، حتى يقول بين يدي القاضي اراد بهذه الاشارة كذا وكذا، وبهذه كذا ، ويفسر ذلك ويترجم له ، حتى يحيط علم القاضي بذلك •

---

(١) س : بعض العلماء •

(٢) ف ج م : بخلاف • س : خلاف مراده فلا يصح •

(٣) ل : كالعبارة عنه • ب : لم يجعل كالعبارة عنه •

(٤) ف ج : يبالغ •

(٥) س : فاذا •

(٦) الزيادة من ل •

(٧) ف ج ك : وهو اخوانه •

وينبغي أن يكون عدلا مقبول القول •

لأن الفاسق لا قول له •

وهذا بخلاف حد الزنى •

لأن الشرط فى ايجاب حد الزنى الاقرار بلفظ الزنى ، ولا يتصور أن يشير الاخرس الى شيء لم يوجد[1] منه لفظة الزنى ، بخلاف الشهادة ؛ لأن لفظة الشهادة شرط فى باب الشهادة ، ولا يتصور أن يشير الاخرس على وجه يوجد منه لفظة الشهادة ، فلا تصح منه الشهادة ، والاقـــرار بالزنى ، فأما فى سائر التصرفات فلا[2] يعتبر اللفظ ، فاذا اشار الى شيء ، وهو اشارة معلومة[3] معهودة منه يقبل ذلك منه ، ويبنى عليه الحكم •

[٦٣١] قال :

ولو أن قاضياً أودع مال اليتيم صيرفياً ، [١٤٢ب] او تاجرا ، فجحد ذلك المودع ، او مات ، وتوي ذلك المال ، لم يكن على القاضى في ذلك شيء •

لأن القاضى أمين في ما يصنع ، والأمين لا يضمن •

[٦٣٢] قال :

ولو أن قاضيا أقر عنده رجل لرجل بحق من الحقوق ، فاثبت[4] ذلك في ديوانه ، ثم عزل القاضى عن القضاء ، ثم ولي القضاء بعد ذلـك ثانيا ، فقدم الطالب المقر فى ذلك الحق الى القاضى ، فانكر المطلوب ذلك الحق عند القاضى ، فههنا[5] ثلاثة فصول :

---

(١) ل : يوجد (بسقوط لم) •

(٢) ك ف ج : لا •

(٣) ب : اشارة معهودة منه معلومة يقبل •

(٤) ف ج م : فلم يثبت ذلك •

(٥) ك ف ج : ههنا •

الفصل الاول هذا ٠

وهذا[1] على وجهين :

اما أن[2] لم يتذكر القاضي ، او تذكر ٠

ففي الوجه الاول لا يحكم به ٠

وفى الوجه الثاني اختلفوا فيه :

قال ابو حنيفة رحمه الله : لا يحكم ايضا ٠

وقال غيره من اصحابنا : يحكم [به][3] ٠

والفصل الثاني على هذا الخلاف ٠

فاذا[4] قضى القاضي لانسان على رجل بحق من الحقوق ، ثم عزل ، ثم ولي ثانيا ، فقدم الطالب المحكوم عليه الى القاضى بعد ولايته فجحد المحكوم عليه الحكم ٠ فان كان القاضي لم يتذكر تلك القضية[5] لم[6] ينفذ عليه ، وان تذكر فهو على الاختلاف الذى ذكرناه آنفا[7]٠

لأن عند ابي حنيفة رحمه الله علمه بالعزل انقلب علم شهادة[8] ، فلا ينقلب علم قضاء بعد ذلك ٠

والمسألة قد مرت في ما تقدم ٠

---

(١) ص : هذا وهو على وجهين ٠ ل : وعلى هذا وجهين (وهو لحن) ٠

(٢) ل : اما ان القاضي لم يتذكر ذلك او يذكر ٠ ب : إما أن لا يتذكر القاضي ٠٠٠

(٣) الزيادة من ل ٠

(٤) س : اذا ٠ ل : واذا ٠

(٥) ف ج ك : القصة ٠

(٦) س : لم يحكم عليه ٠

(٧) ف ج م ك : ايضا ٠ وما اثبتناه عن مصحح ك وعن سائر الاصول ٠

(٨) ص : الشهادة ٠

والفصل الثالث : اذا[1] قامت عنده بينة بحق لانسان على انســـان فقبل أن يقضى بهـــا عزل ، ثم اعيد الى القضــــاء ، ثم رفعت اليه تلك الخصومة ، هل يقضى بتلك البينة ؟

سيأتي بيان هذا فى باب القاضي يجد فى ديوانه شيئاً لا يحفظه[2].

والله تعالى اعلم .

* * *

(١) ل : فيما اذا .

(٢) قوله (لا يحفظه) ليس فى ب .

الباب التاسع والثلاثون

في القاضي يقضي بعلمه

[٦٣٣] ذكر عن شريح أن رجلا خاصم اليه ، فسأله البينة فقال الرجل : يا ابا أمية [١٤٣آ] انك تشهد[1] لي ، فقال له شريح : اذهب الى الامير فخاصم اليه حتى اجيء فأشهد لك[2] .

في الحديث فائدتان[3] :

---

(١) ب : يا ابا أمية تشهد لي (بسقوط انك) .

(٢) قوله ذكر عن شريح ان رجلا خاصم اليه فسأله البينة فقال الرجل يا ابا امية انك تشهد لي .. الخ الحديث اورده البخارى بلاغا عنه فى باب الشهادة تكون عند الحاكم فى زمان ولايته القضاء او قبل ذلك للخصم فقال : قال شريح القاضي وسأله انسان الشهادة فقال : ائت الامير حتى اشهد لك (صحيح البخارى - كتاب الاحكام : ١٦١/٤) ورواه وكيع باسانيد عنه منها : أخبرنا حفص بن عمر الرمالى ، قال : حدثنا يحيى ، قال : حدثنا ابن شبرمة ، قال : سألت عامراً عن رجلين كانت عندهما شهادة ، فمات احدهما واستقضي الاخر فقال : شهدت شريحا أتي فيها فقال : ايت الامير اشهد لك ، قال : يا ابا امية اذكرك الله أن يذهب حقي ، وانت تعلم قال : ايت الامير ولاشهد لك ، وروى مثله عن اسحق بن الحسين ، قال حدثنا ابو حذيفة قال : حدثنا سفيان ، عن ابن شبرمة ، عن الشعبي ، عنه (اخبار القضاة : ٢٣٨/٢) ورواه عن ابن سيرين ان رجلا خاصم الى شريح ، وعند شريح له شهادة فقال شريح للرجل: خاصمه للامير حتى اشهد لك (اخبار القضاة : ٣٥٩/٢) وقابل ذلك بما ذكره فى جـ٣ ص ٦١ ، ٦٢ ، ورواه الشافعي عنه فى الام (٢٢٣/٦) واختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى - مع كتاب الام - ١٠٣/٧ ، ولم اجده في طبعة الافغاني لهذا الكتاب ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ١٤٤/١٠).

(٣) لفظة (فائدتان) ليست فى ج ومحلها بياض فيه .

احداهما : ان القاضي لا يقضي بعلمه الذى استفاده قبل القضاء ؛ الا ترى ان شريحاً لم يقض به ، فصار الحديث حجة لابي حنيفة على صاحبيه[1] .

والثانية[2] : قضاء الوالي ينفذ كما ينفذ قضاء القاضي ؟ الا ترى أن شريحاً قال للرجل : اذهب الى الامير فخاصم اليه ؟! وهذا لأن[3] القاضي انما استفاد ولاية القضاء من الامير ، فاذا استفاد هذه الولاية من الامير[4] وقد نفذ قضاؤه ، فلأن[5] ينفذ قضاء الامير كان اولى .

[٦٣٤] ذكر بعد هذا أن شريحا قضى بشهادة رجل واحد ، وقد كان علم منها علما[6] .

يريد بهذا أن الحادثة كانت معلومة عند شريح ، فشهد بها عنده رجل آخر ، حتى انضمت شهادة ذلك[7] الرجل اليه ، فيصير[8] شاهدين ، فقضى به شريح .

وهذا رأي روي عن شريح ، ولم يأخذ به ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله .

لأن عند ابي يوسف ومحمد[رحمهما الله]للقاضى ان يقضى بعلم نفسه، فلا يشترط انضمام رجل آخر اليه .

وعند ابي حنيفة [رحمه الله] علم القاضى لا يعتبر ، فاذا سقط اعتبار

---

(١) س : على صاحبه .

(٢) س ك ف ج ص : والثانى .

(٣) ب : اليه لان (بسقوط لفظة وهذا) .

(٤) س : من الامير الذى أمره ان يخاصم اليه فاذا .

(٥) ف ج : فلا ينفذ .

(٦) ل : علم بها علما .

(٧) ص : ذلك اليه .

(٨) هـ ك ل : فيصيرا .

علمه لابد من شهادة شاهدين .

وهذا لأن في باب الشهادة لفظة[1] الشهادة شرط ، والقاضي لايمكنه أن يشهد بين يدي نفسه ثم يقضي .

[٦٣٥] قال :

ولو أن رجلا تقدم الى القاضي ومعه رجل ، فقال للقاضي : انك قضيت لي على[2] هذا الرجل بكذا وكذا من المال ، او قضيت لي عليه بضيعة كذا وكذا ، او بدراهم ، او بحق من الحقوق ، ولم يذكر القاضي ذلك ، فأقام عنده شهودا عدولا يشهدون عنده ، انه اشهدهم ، انه قضى لهذا المدعى على هذا الذى[3] معه بالحق الذى ادعاه ، قال ابو يوسف رحمه الله : لا ينفذ ذلك ولا يحكم به ، روى[4] عنه الحسن بن زياد ، وبشر [١٤٣ب] بن الوليد .

وقال محمد رحمه الله : ينفذ [ذلك][5] ويحكم به .

وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وابن سماعة .

وهنا[6] اربعة فصول

الفصل الاول هذا .

محمد رحمه الله يقول : اجمعنا[7] أن الشهود لو شهدوا على

---

(١) ص : لفظ الشهادة وقد سقط هذا التعبير من ب .

(٢) س : على فلان هذا بكذا .

(٣) ص : هذا الرجل الذى معه .

(٤) س : رواه الحسن . ف ج روى عن الحسن .

(٥) الزيادة من ل ص ب .

(٦) ب : وهذا .

(٧) س : اجمعنا على أن .

قضية[١] عند قاض آخر ، فان القاضي الآخر ينفذ القضية[٢] ، ويحكم بهذه الشهادة ، فكذا اذا شهدوا على قضية[٣] عنده •

لأن البينة في الموضعين جميعا قامت على السبب الموجب للحق ، وهو القضاء •

وابو يوسف رحمه الله يقول : اجمعنا على أن الشهادة دون القضاء، والرجل اذا تحمل شهادة ثم نسي فشهد شاهدان عنده انك تحملت هذه الشهادة ، وكنا حضورا هناك لا يسعه ان يشهد بقولهما ، فأولى ان لا يجوز القضاء بقولهما اذا لم يذكر ذلك •

الفصل الثاني : اذا وجد شهادة شهود في ديوانه وهو مختوم[٤] بختمه ، مكتوب بخطه ، او بخط نائبه ، لكن لم يذكر تلك الشهادة •

عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقضي بتلك الشهادة •

وعندهما : يقضي •

وكذا على هذا اذا وجد سجلا في ديوانه [مختوماً بختمه][٥] مكتوبا بخطه ، او بخط نائبه ، فيه قضاؤه ، او كتب في آخره بخطه : انى قضيت بهذه القضية ، وانفذت القضاء بذلك ، ولم يذكر •

عند ابي حنيفة رحمه الله لا يمضي ذلك حتى يتذكر[٦] •

وعندهما يمضى •

---

(١) ف ج : قصة •

(٢) ف ج : القصة •

(٣) ف ج : قصة •

(٤) س : مختوم مكتوب •

(٥) الزيادة من س ب ل • وفى ص : وهو مختوم بختمه •

(٦) ف : يذكر •

الفصل الثالث[١] : في رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اذا وجد سماعه مكتوبا فى موضع ، لكن لا يذكر ذلك •

عند[٢] ابي حنيفة : لا يحل له أن يروي[٣] •

والشرط عند ابي حنيفة رحمه الله لحـل[٤] الرواية أن يحفظ الحديث عن ظهر[٥] القلب من حين سمع الى حين[٦] يروي •

وعندهما : يحل له أن يروي ؟ اذ عندهما هذا ليس بشرط •

الفصل الرابع : اذا وجد خطه مكتوبا فى صك فى يدي رجـل ، لكنه لا يذكر الشهادة •

اختلف المشايخ فيه :

منهم من قال : وهو الفقيه ابو الليث رحمه [١٤٤آ] الله والقاضي المنتسب الى اسبيجاب : انه[٧] على هذا الخلاف •

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله قول ابي

---

(١) عبارة ل : الفصل الثالث فى ما اذا وجد فى ديوانه الاخبار عن رسول الله ••• وعبارة س : الفصل الثالث اذا وجد في ديوانه سماعاً مكتوبا احاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم لكن لا يذكر ذلك لا يحل له ان يرويها اذا لم يحفظ عند ابى حنيفة والشرط عند ابي ••• وما اثبتناه عن الاصل ك وسائر النسخ •

(٢) هـ : ذلك ذكر عن ابي حنيفة •

(٣) ص : ان يروي اذا لم يحفظ لان الشرط •

(٤) هـ : تحل • ف ج : محل • س : الذى تحل به الرواية •

(٥) ف ج م : على ظهر •

(٦) ف ج ص م ب : الى ان •

(٧) (انه) ليست في ل •

يوسف مع محمد ، كما قال الفقيه ابو الليث وغيره من اولئك المشايخ •

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف مع أبي حنيفة •

فكان المخالف في هذه المسألة محمدا[١] وحده •

وانما اختلف[٢] الجواب لاشتباه لفظ صاحب الكتاب فانه قال :

وفي[٣] قول ابي يوسف بهذا لا يشتبه[٤] قضية القاضي ، يعنى اذا رفع الى قاض آخر ، ولا يشتبه بما[٥] في ديوان القاضي مما لم يذكره ، وانما[٦] هذا بمنزلة شهادة[٧] لا تقوم بذلك الا أن يذكره •

والشيخ الامام شمس الائمة الحلواني حمل هذا على ما اذا تحمل الشهادة ثم نسي ، فشهد شاهدان انك[٨] تحملت هذه الشهادة •

والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي حمل هذا على[٩] الشاهد اذا وجد خطه مكتوبا في صك وهو لا يذكر الشهادة •

---

(١) س هـ : محمد •

(٢) ف ج ك هـ ص : وانما اختلف المشايخ فى اشتباه •• ل : وانما اختلف فيه لاشتباه ••• ب : وانما اختلف لاشتباه • وما اثبتناه عن س •

(٣) ب : في (بسقوط الواو) •

(٤) س : بهذه لايشبه وفي ل : هذا لايشبه نفسه القاضي •

(٥) س ك ل : ولا يشبه ما في •

(٦) ف ج س هـ : وانما هذه • ب وانما هو •

(٧) س ب : شهادته •

(٨) س : انك كنت تحملت •

(٩) س : على ما اذا وجد •

والاول أظهر .

فعلى قول هؤلاء : هما لا يحتاجان الى الفرق بين الفصل الرابع وبين الفصل الثاني .

وعلى قول اولئك الذين قالوا لا يحل بالاجماع يحتاجان[١] الى الفرق .

وعلى قول الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى : أبو يوسف يحتاج الى الفرق[٢] .

والفرق وهو ان ما يكون فى خريطة القاضي وتحت ختمه يؤمن فيه الزيادة والنقصان .

فأما[٣] الصك يكون فى يد الخصم فلا يؤمن فيه[٤] الزيادة والنقصان

ثم القاضي اذا علم بوجوب حق لانسان على انسان فهذا[٥] على ثلاثة اوجه :

اما ان علم قبل تقلد القضاء .

أو علم بعد ما تقلد[٦] القضاء فى المصر الذى[٧] هو قاض فيه في

---

(١) س ف ج هـ : يحتاجون .

(٢) قوله : (وعلى قول الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي ابو يوسف يحتاج الى الفرق) ليس فى ف ج .

(٣) س : فاما اذا كان فى يد الخصم .

(٤) فى الاصل ك وفى ب ف ج ل هـ ص : فلا يؤمن عليه وما اثبتناه عن س .

(٥) ك ف ج : فعلى هذا ثلاثة .

(٦) ك ف ج م : قلد .

(٧) عبارة (في المصر الذى) مطموسة في ج .

مجلس القضاء ، او في غير مجلس القضاء •

او علم بعد ما تقلد القضاء فى غير [١٤٤ب] المصر الذى[١] هـو قاض فيه •

ففي الوجه الاول عند ابي حنيفة لا يقضى بذلك العلم ، وعندهما يقضى •

وفى الوجه الثاني: يقضى فى حقوق العباد بما[٢] يثبت مع الشبهات ، وما يسقط[٣] ، كالقصاص ، وحد القذف ، ولا يقضى فى الحدود الخالصة لله تعالى ؛ نحو حد الزنى ، والسرقة ، وشرب الخمر ؛ لأن حقوق الله تعالى كل واحد من آحاد المسلمين [قد][٤] ساوى القاضى ، ثم غير القاضى اذا علم لا يمكنه اقامة الحد ، فكذا القاضى الا فـي السـكران[٥] ، فانه اذا[٦] وجد سكران[٧] او رجـلا بـه امارات السـكر فانه ينبغي له ان يعزّره ؛ لأجل التهمة ، ولا يكون ذلك حداً •

وفى الوجه الثالث : نحو ما اذا خرج من المصر الذى هو[٨] فيـه قاض لتشييع جنازه ، او خرج الى ضيعة له ، فعلم بسبب الحق ، فهو على الاختلاف[٩] الذى ذكرنا فى الوجه الاول •

---

(١) ف ج : الذى قاض •

(٢) ف ج م ك ل : ما يثبت •

(٣) ب : ويسقط (بسقوط ما) •

(٤) الزيادة من ل •

(٥) س : الا فى الشرب •

(٦) ف ج م : وإذا (بسقوط فانه) •

(٧) ك وسائر النسخ : سكرانا • وما اثبتناه عن ف ج م •

(٨) ص : الذى هو قاض فيه •

(٩) س : الخلاف •

واختلف المشاريخ في هذا الوجه على قول ابي حنيفة :

قال بعضهم هذا اذا لم يكن مقلدا على القرى، اما اذا كان مقلدا على القرى [فانه][1] ينفذ ، وهذا يدل على أن الوالي اذا قلد رجلا قضاء كورة كذا لا[2] يصير قاضيا في سواد[3] تلك الكورة ما لم يقلد قضاء الكورة[4] ونواحيها ،ويكتب في رسمه ومنشوره : أنا قلدناه قضاء كورة كذا ونواحيها[5] ، فاذا خرج الى تشييع جنازة[6] او الى ضيعة ، فاحاط علمه بشيء جاز له ان يقضي بعلمه[7] عند ابي حنيفة رحمه الله .

والى هذا القول مال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله.

وقال بعضهم : لا يجوز له أن يقضي بذلك العلم سواء كان مقلدا على القرى او[8] لم يكن .

فعلى هذا القول جعل المصر[9] شرطاً لنفاذ القضاء ، لأنه من اعلام

---

(1) الزيادة من ل .

(2) ف ج م : لانه يصير .

(3) ل : في سوى .

(4) ص : قضاء تلك الكورة .

(5) ص : ونواحيها حتى يصير قاضيا فيها جميعها ، فاذا كان هكذا فاذا خرج الى تشييع جنازة ...

(6) ف ج ك م : الجنازة .

(7) ص : بعلمه ايضا .

(8) س : او غير مقلد .

(9) س : يكون المصر .

الدين ؛ كالعيدين ، والجمعه ، فاذا كان شرطاً [لنفاد القصاء][1] فالقاضى استفاد العلم في موضع لا يتمكن من القضاء ، فصار بمنزلة سائر الرعايا[2]، فلا يقضى بهذا العلم [١٤٥آ] •

والى هدا القول مال الشيخ الامام شمس الائمه السرخسي رحمه الله ، وجعل هذا القول جواب ظاهر الرواية ، وجعل ذلك[3] جواب رواية النوادر •

واشار محمد بن الحسن رحمه الله فى كتاب ادب القاضى الى أن المصر شرط لنفوذ القضاء •

وهكذا ذكر الخصاف ههنا •

وروى ابو يوسف في الاملاء : ان المصر ليس بشرط •

ثم ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحتجان على[4] قول ابي حنيفة رحمه الله بما لو[5] أن رجلا ليس بحاكم راى رجلا[6] يغصب رجلا مالا ، وهو يقدر على أن يمعه من ذلك ، ولم يفعل ، أيسعه[7] ذلك ؟ فكيف الحاكم الذى يقدر ان يرد على هذا ما غصب منه ، وقد علم بذلك قبل القضاء ، فينبغي أن يأخذه[8] منه ، ويرده على هذا •

وكذلك لو أن رجلا سمع رجلا طلق امرأته ثلاثا ، او اعتق أمة

---

(١) الزيادة من ف ج م •
(٢) ب : سائر الدعاوى •
(٣) ج : وذلك الجواب رواية النوادر •
(٤) ب ص : على ابي حنيفة •
(٥) ب هـ ك ف ج ل ص : أرأيت أن رجلا والتصحيح من س •
(٦) ج : وان رجلا •
(٧) س : لم يسعه •
(٨) ف ج م ص : أن يأخذ منه ويرد •

له ، او عبدا له[١] ، يجب عليه أن يحول بينه وبين امرأته ، وكذلك اذا علم الرجل ثم ولي ذلك الرجل القضاء ، فقدمت المرأة المطلقة زوجها ، او الأمة المعتقة ، او العبد المعتق المولى[٢] ، فجحد ذلك ، والقاضي قد شهد ذلك وسمع قبل ان يولى القضاء ، وجب أن يقضى بالطلاق والعتاق .

لكن ابا[٣] حنيفة رحمه الله يجيب عن هذا ويقول بأن القاضى ايضا في هذه الصورة يحول بين الزوج وبين المرأة ، وبين المولى ، وبين الأمة . هكذا روى ابو يوسف رحمه الله فى الاملاء عنه ايضا ، لكن[٤] لا يفرق بينهما ولا [يحكم][٥] بعتقهما ؛ لأن الحيلولة[٦] تثبت بمجرد الشهادة بدون القضاء ، فلأن تثبت بعلم[٧] القاضى كان أولى .

لكن هذا كله يكون على وجه الحسبة[٨] ، والأمر بالمعروف ، لا على سبيل القضاء .

والله اعلم بالصواب

* * *

---

(١) قوله (او عبدا له) ليس فى ص .

(٢) س : مولاه . ل : الخصم . ص : خصمه الى القاضي فجحد ذلك . ب : او المعتق المعتَق فجحد ذلك .

(٣) ك ف ج ل هـ : ابو . س : وأبو .

(٤) ب : لكن يفرق (بسقوط الحرف لا) .

(٥) الزيادة من س .

(٦) س : لان الحيلولة بمجرد .

(٧) س : تجب بعلم .

(٨) س : الخشية .

الباب الاربعون

في القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه[1]

[٦٣٦] قال ابو حنيفة رحمه الله :

اذا وجد القاضي في ديوانه[2] اقرار رجل لرجل بحق [١٤٥ ب] من الحقوق ، أو شهادة شهود لرجل على رجل بحق من الحقوق ، وهو لا يذكر ذلك ولا يحفظه ، لا يحكم بذلك ، ولا ينفذه حتى يذكره[3] .

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : يحكم بذلك وينفذه اذا وجد تحت خاتمه[4] .

والمسألة قد مرت فى الباب المتقدم .

[٦٣٧] قال :

وقال محمد رحمه الله : لو ضاع محضر لرجل من ديوان القاضى ، وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق ، والقاضى لا يذكر ذلك ، فشهد عند القاضي كاتباه ان شهود هذا الرجل شهدوا عندك على هذا الرجل بكذا وكذا فلا ينبغي للقاضى ان يقبل ذلك ، ولا ينفذه .

فرق بين هذا وبين مسألتين :

احداهما : اذا ضاع سجل من ديوان القاضى ، فشهد كاتباه عند القاضي انه أمضى ذلك ، فان القاضى يقبله .

---

(١) ب : في القاضي يجد في ديوانه شيئاً .(بسقوط عبارة لا يحفظه) .

(٢) س : فى ديوانه شيئا كاقرار .

(٣) ف ج : حتى يذكر ذلك .

(٤) ب ص ف ج هـ : خاتم له .

والثانية[١] : اذا صاع اقرار الرجل برجل[٢] ، فشهد الكاتبان عند القاضي أن هذا أقر عندك لهذا بكذا وكذا ، قد سـمعناه ، قبل القاضي ذلك ، وقضى بشهادتهما •

والفرق : ان في الفصل الاول : الكاتبان لم يعاينا[٣] السبب الموجب للحق ؛ لأن الشهادة ليست بموجبه للحق[٤] ، وانما تصير[٥] سببا اذا نقل[٦] ذلك الى مجلس القضاء ، والنقل انما يكون بالأمر ، والشاهدان لم يشهدا الكاتبين على شهادتهما ، ولم يأمراهما بالنقل •

فأما في الفصل الثاني والثالث ، الكاتبان عاينا السبب الموجب للحق ؛ لأن قضاء القاضي موجب والاقرار موجب ، فالكاتبان شهدا عند القاضي على السبب الموجب للحق •

ونظير الفصلين ما يقول في رجلين سمعا اقرار رجل لرجل بحق ، ولم يشهد المقر الرجلين على اقراره جاز لهما أن يشهدا على اقراره •

وبمثله لو عاين[٧] الرجلان رجلين يشهدان رجلين على شهادتهما ، ولم يشهداهما لا يحل لهما أن يشهدا على شهادة الرجلين ؛ لما قلنا[٨] •

---

(١) ك ف ج هـ : والثاني •

(٢) ب : اقرار رجل على رجل •

(٣) ص : يعينا •

(٤) عبارة (لان الشهادة ليست بموجبة للحق) ليست في ص •

(٥) ص : صار •

(٦) ل : نقلت الى • ص . نقل الى المجلس • ب . نقل الى مجلس •

(٧) س : لو عاين الرجلان يشهدان على رجلين على شهادتهما ولم يشهدا لهما •

(٨) قوله : وبمثله لو عاين الرجلان ••• الى هنا ليس في ص •

[٦٣٧] قال :

وما وجد القاضي في ديوان قاض كان قبله [١٤٦آ] من اقرار او بينة فانه لا يعمل بشيء من ذلك ، ولا ينفذه ، حتى يستقبلوا الخصومة عنده •

لأن العلم شرط[١] في القضاء ، وما كان عند القاضي الاول فليس بمعلوم له •

وهذا الفصل حجة لابي حنيفة على صاحبيه ، في ان القاضي اذا وجد سجلا في ديوانه ولم يذكر ذلك ، فانه لا يمضي ذلك ؛ لأنه اذا لم يذكر ، ولم يعلم [به][٢] صار بمنزلة ما لو كان ذلك السجل في ديوان قاض آخر كان قبله ؛ لانه لا يعلم في الموضعين جميعا •

[٦٣٨] قال :

ولو ان قاضيا عزل عن القضاء ، ثم رد بعد ذلك على القضاء ، [فقد] اجمعوا ان القاضي لا يقضي بشـــيء من ذلك ممـــا كان في ديوانه من القضاء[٣] لانسان على انسان ، او اقرار من انسان لانسان بحق اذا لم[٤] يكن يذكره •

فأما اذا ذكره فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله •

وعندهما يقضي •

وقد مرت المسألة في آخر باب ما ينبغي للقاضي أن يعمل به •

واما البينة اذا قامت عنده بحق لانسان على انسان ، فقبل ان يقضي

---

(١) ص ل : شرط القضاء •

(٢) الزيادة من ف ج م •

(٣) س : من القضاء لانسان على اقرار ، أو اقرار من انســـان بحق اذا لم يذكره •

(٤) س ج ب : لم يذكره •

بها عزل ، ثم اعيد الى القضاء ، فرفعت اليه تلـك الخصومة ، فان المدعي يكلف اعادة البينة ، تذكر او لم يتذكر ؛ فرقاً[1] بين الاقرار وبين البينة .

والفرق : أن البينة لا توجب الحق بنفسها ، وانما توجب باتصال القضاء بها ، ولم يوجد ، فصار تقليد هذا القاضى بعد ذلك وتقليد قـاض آخر سواء .

ولو قلد قاض آخر لم[2] يسعه أن يقضى بتلك البينة ، حتى يستقبلوا الخصومة ، ويعيدوا البينة ، فكذلك[3] هذا .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) س : فرق .

(٢) ب ل ك ف ج ص : لا يسعه .

(٣) ف ج م : فكذا هذا وقد سقطت هذه العبارة من س .

الباب الحادي والاربعون
في القاضي ترفع اليه قضية[1] قاض مما ينفذها

[٦٣٩] قال :

وينبغي للقاضي ان ينفذ قضايا القضاة التي ترفع اليه ، ويحكم بها .

واعلم أن قضايا القضاة التي ترفع الى القاضي لا تخلو من ثلاثة أوجه :

اما أن تكون جوراً بخلاف[2] الكتاب او السنة[3] او اجماع العلماء .

او تكون في محل الاجتهاد ، اذا اجتهد فيه العلماء والفقهاء[4] .

او بقول مهجور[5] . [١٤٦ب]

ففي الوجه الاول : فالقاضي الذي رفع اليه القضية[6] ينقضها ، ولا ينفذها ، حتى[7] لو انفذها ثم[8] رفع الى قاض ثالث ، فالثالث ينقضها ؛ لأنه متى خالف الكتاب ، أو السنة ، او الاجماع ، كان [حكمه][9] باطلا ، وضلالا ، والباطل لا يجوز الاعتماد عليه ، فعلى القاضي الثاني ان ينقضها .

---

(١) ف ج : قصة .

(٢) ص : يخالف .

(٣) س : والسنة واجماع .

(٤) كلمة (والفقهاء) ليست في ب .

(٥) ف ج م : مجهول .

(٦) ف ج م : القصة . س : ففي الوجه الاول اذا رفعت اليه القضية ينقضها .

(٧) ص : حتى لو كان انفذها .

(٨) س : ثم ردت فرفعت الى قاض آخر فالثالث ينقضها لانه من خالف ...

(٩) الزيادة من س .

وفي الوجه الثاني : اذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ، فانه ينفذ هذه القضية[١] ، ويمضيها ، حتى لو قضى بابطالها ونقضها ثم رفع الى قاض آخر فان هذا القاضى الثالث ينفذ قضاء[٢] الاول ويبطل قضاء الثاني ؛ لأن قضاء الاول كان فى موضع الاجتهاد ، والقضاء في المجتهدات نافذ بالاجماع ، فكان الثاني بقضائه ببطلان الاول مخالفاً للاجماع ، ومخالفة الاجماع ضلال وباطل ، فلا يجوز الاعتماد عليه ، فعلى القاضي الثالث أن يبطلها[٣] وينقضها ، وان كان رأيه بخلاف ذلك ، ويستقبل الامر استقبالا فى الحوادث التى ترفع اليه .

وفي الوجه الثالث : ينقضها ولا ينفذها ؛ لأن القول المهجور[٤] ساقط الاعتبار فى مقابلة الجمهور[٥] .

وقوله : لا يكون اختلافا بل يكون خلافا ، فانه[٦] لما اجمع فقهاء الامصار على شيء فقول واحد[٧] يخالف قولهم يكون خلافا ولا يكون اختلافا ، فمتى قضى بقوله كان القضاء حاصلا في موضع الخلاف ، والقضاء ينفذ فى موضع الاختلاف لا فى موضع الخلاف فكان

---

(١) ف ج : القصة .

(٢) س : القضاء .

(٣) س : ان ينقضه ويبطله .

(٤) س : بالمجهول .

(٥) س : في مقابلة المشهور .

(٦) س : لانه اذا اجتمع .

(٧) س : وقول الواحد .

باطلا ، فكان للقاضي الثاني أن يبطله وينقضه .

[٦٤٠] قال :

فان كان القاضي[١] الذى قضى فى الحادثة فاسقا[٢] او محدودا فى قذف ، او ممن لا تجوز شهادته له[٣] ، فرفع قضاؤه الى قاض آخر ، فانه ينقضه .

اما[٤] الفاسق ، فهذا رأي صاحب الكتاب .

وهو اختيار الطحاوى .

لأن الفاسق لا يصلح قاضيا ، ولو قلد لا يصير قاضيا ، فلا ينفذ فكان قضاؤه [١٤٧آ] باطلا فكان للثاني ان ينقض ذلك القضاء .

واما عند عامة مشايخنا [فان][٥] الفاسق يصلح أن يكون قاضيا ولا ينعزل بالفسق ، لكن يستحق العزل ، فاذا قضى نفذ قضاؤه ، لكن لقاض[٦] آخر ان يبطله اذا رأى ذلك ، حتى لو ابطله قاض آخر ، ثم رفع الى قاض ثالث ، فليس للثالث ان ينفذه لما نبين ان شاء الله تعالى .

واما المحدود فى القذف اذا قضى قبل التوبة [فان][٧] القاضي الثاني يبطل قضاءه لا محالة ، حتى[٨] لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث ، فله ان

---

(١) ف ج : القاضي الثاني .

(٢) س : فاسقا او مجنونا او محدودا .

(٣) (له) ليست فى ب .

(٤) س : اما القاضي الفاسق .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) س : للقاضي الثاني .

(٧) الزيادة من ل . وفى ف ب ج هـ ص : فالقاضي .

(٨) ص : حتى لو ثبت ثم رفع الى قاض ثالث قبل ان ينقضه .

ينقضه[1] ؛ لأنه لا يصلح قاضيا بالاجماع ، فكان القضاء من الثاني مخالفا للاجماع[2] فكان باطلا •

واما اذا كان بعد التوبة[3] ، فلا[4] ينفذ قضاؤه عندنا ، لكن لقاض آخر أن ينفذه ، حتى لو نفذه قاض آخر ، ثم رفع الى قاض ثالث ، فليس للثالث أن يبطله ، على عكس الفاسق •

وعند الشافعي رحمه الله ينفذ ، لكن لقاض آخر أن يبطله اذا راى ذلك ، وانما كان كذلك لأن[5] نفس قضاء الفاسق وقضاء المحدود في القذف بعد التوبة مختلف فيه •

وعندنا[6] قضاء الفاسق ينفذ ،وقضاء المحدود فى القذف بعد التوبة لا [ينفذ][7] •

وعند الشافعي رحمه الله [الامر][8] على العكس •

فكان القضاء فيهما مجتهدا فيه ، الا ان يكون القضاء منهما فى محل الاجتهاد •

فاذا قضى الفاسق ثم رفع الى قاض آخر فابطله كان قضاء[9] الثاني

---

(١) ف ج هـ : فله ان يبطله • س : فانه ينقضه لا محالة لانه لا يصلح قاضيا بالاجماع •

(٢) س : بالاجماع •

(٣) ج : بعد التولية •

(٤) ك ف ج : لا • وفى ل : فانه لا •

(٥) ل : لان قضاء الفاسق •

(٦) ك : فعندنا •

(٧) الزيادة من ل •

(٨) ما بين القوسين سقط من ك ص ب

(٩) ف ج هـ : القضاء •

في محل الاجتهاد[1] فنفذ[2] ، حتى انه[3] لو رفع الى قاض ثالث ونفذ قضاءه[4] ، ثم رفع الى قاض رابع ، أبطل قضاء الثالث ، ونفـذ قضـاء الثاني •

وكذا[5] المحدود في القذف على عكس هذا •

[٦٤١] قال :

ولو أن رجلا وطيء ام امرأته او ابنتها ، فخاصمته[6] زوجته فـي ذلك الى قاض يرى ان الحرام لا يحرم الحلال ، فقضى بالمرأة لزوجها ، ثم ان المرأة بعد ذلك رفعت زوجها الى قاض آخر يرى ان ذلك يحرمها على زوجها ، فانه ليس لهذا القاضي الثاني ان يبطل قضاء الاول ، بل ينفذ ذلك ويصيرها[7] الى زوجها •

لأن هذا مما اختلف فيه الصحابة والعلماء ، والاحاديث فيه مختلفة ، فاذا قضى[8] فيه نفذ قضاؤه بالاجماع ، فلا[9] يكون [١٤٧ب] لأحد بعد

---

(١) من قوله : فاذا قضى الفاسق ••• الى هنا ليس في ص •

(٢) هـ : فينفذ •

(٣) ف ج هـ ص : حتى لو رفع (بسقوط لفظة انه) •

(٤) ك ف ج : قضاؤه •

(٥) ل : فكذا •

(٦) ب : فخاصمته في ذلك •

(٧) س هـ : وتصير الى •

(٨) ص : فاذا قضى نفذ ذلك بالاجماع • ب : فاذا قضى نفذ قضاؤه بالاجماع •

(٩) س ص ل : فلا يكون لاحد بعد هذا خلاف ، فاذا قضى الثاني بخلاف ذلك •••

هذا أن يبطله ، فاذا قضى الثاني بخلاف ذلك كان هذا القضاء مخالفاً للاجماع فكان باطلا .

ثم هل يحل للزوج المقام معها ؟

فهذا على وجهين :

اما أن يكون الزوج جاهلا .

او يكون عالماً .

ففي الوجه الاول يتبع في ذلك رأي القاضي ؟ فان قضى بالمرأة لـه نفذ قضاؤه ، فحل[1] له المقام معها من غير شبهة ، وهي مسألة[2] الكتاب .

وان قضى بتحريمها نفذ قضاؤه ، ولا يحل له المقام معها .

وفي الوجه الثاني المسألة على وجهين :

اما ان قضى عليه بان كان[3] لا يرى وطء الام محرماً لها ، والقاضي قضى بتحريمها ، او قضى له بأن كان هو يرى وطء الام محرماً ، والقاضي قضى بالمرأة له ، وهي مسألة الكتاب .

ففي الوجه الاول : ينفذ القضاء عليه بالاجماع ، فيتبع رأي القاضي، فلا يحل له المقام معها .

وفي الوجه الثاني ، وهي مسألة الكتاب : اختلفوا فيه[4] :

قال ابو يوسف رحمه الله : لا ينفذ القضاء ، فيتبع رأي نفسه حتى لا يحل له المقام معها ، وهو[5] قول صاحب الكتاب .

---

(١) ب : فحل المقام .

(٢) س : وهي مسالة الكافي .

(٣) س : بان كان لا يرى تحريمها بوطء الام والقاضي قضى .

(٤) س : فيها .

(٥) ك ف ج هـ : وهذا قول .

وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله : ينفذ ، فيتبع رأي القاضي ، حتى يحل له المقام معها .

وذكر الشيخ الامام الزاهد المعروف بخواهر زادة[1] قول ابي

---

(١) خواهر زادة قال القرشي : هذه اللفظة تقال لجماعة من العلماء كانوا اولاد اخت عالم ، والمشهور بهذه اللفظة عند الاطلاق اثنان متقدم فى الزمن ومتأخر ، فالمتقدم ابو بكر محمد بن الحسين البخارى ابن اخت القاضي ابى ثابت محمد بن احمد البخارى ، وقد تكرر ذكره بلقبه هكذا في الهداية وهو مراد صاحب الهداية ، قال السمعاني كان فاضلا اماما حنفيا وله طريقة حسنة ، سمع اباه ابا علي وابا الفضل منصور بن نصر الكاغدي ، روى عنه ابو عمرو عثمان بن علي بن محمد البيكندي مات في جمادى الاولى سنة ثلاث وثمانين واربعمائه ..

والمتأخر : خواهرزاده الامام بدر الدين محمد بن محمود الكردري ابن اخت الشيخ شمس الدين الكردرى تفقه على خاله شمس الائمة الكردري توفى سلخ ذى القعدة سنة إحدى وخمسين وستمائة ... انتهى انظر الجواهر المضية ٢٣٦/١ رقم ٥٩٩ .

ولاشك ان الثاني غير مقصود عند الشارح لانه متاخر عنه .
ومحمد بن الحسين بن محمد بن الحسين البخارى المعروف ببكر خواهرزادة قال السمعاني :

خواهر زاذة بضم الخاء المعجمة وفتح الواو والهاء بينهما ألف ساكنة وبعد الهاء راء ساكنة وزاى مفتوحة وبعدها الف وذال معجمة وهاء ثم ساق ماذكره القرشي آنفا . انتهى وقال فى الفوائد : كان من عظماء ما وراء النهر ، وله المختصر والتجنيس والمبسوط المعروف ببكر خواهر زادة ، ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بذكره . واضاف ان لقب خواهرزاده معناه ابن اخت عالم ، وفيه وهو بالدال المهملة . انظر ترجمته فى الجواهر المضية : ٤٩/٢ رقم ١٥٧ ، الفوائد البهية : ١٦٣ - ١٦٤ اللباب فى تهذيب الانساب (المثنى) ٤٦٨/١ ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة ص ٨٨ ، طبقات ابن الحنائي الورقة ٢٤ب ، تاج التراجم : ص ٦٢ رقم ١٨٦ .

حنيفة ومحمد[1] في آخر كتاب الاستحسان •

وذكر في[2] كتاب الاستحسان وفي السير الكبير [انه] اذا طلقها بلفظة الكناية ، فرفع الى قاض آخر يرى أن الكنايات رواجع ، فقضى له بالرجعة ، حل له أن يراجعها ، وان كان رايه خلاف ذلك •

فعلم ان هذا الاختلاف في غير رواية الاصل •

فأما في ظاهر الرواية [فانه][3] ينفذ من غير اختلاف •

محمد رحمه الله يقول : اجمعنا انه لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالماً ؛ لأن القضاء ملزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى ؛ لأنه ليس بملزم ، فجاز ان يفترق الحال بينهما •

وابو يوسف يقول : هذا القضاء له ، والقاضي مخطىء في هذا القضاء في زعمه ، فلا يتمسك به ، كما لو شهد شاهدان على رجل [١٤٨آ] انه قتل ولى هذا عمدا ، وقضى له القاضي عليه بالقود ، والولي يعلم[4] أن الشهود شهود زور[5] ، لا يحل له أن يقتله ؛ لما قلنا •

[٦٤٢] قال :

وكذلك لو أن رجلا قال : ان[6] تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا ، ثم تزوجها ، فخاصمته الى قاض لا يرى ذلك القول يعمل شيئاً ، فاجاز النكاح ، وأبطل الطلاق ، ثم خاصمته الى قاض آخر يرى ان الطلاق

---

(١) هـ ل : مع محمد •

(٢) س : وذكر في آخر كتاب الاستحسان •

(٣) الزيادة من ل • ف ج م : فينفذ ، وقد سقطت من ب •

(٤) ف ك ج هـ : والولي يعرف •

(٥) س : ان الشهود يشهدون بزور •

(٦) ب ف ج ل هـ س : لو تزوجت •

يعمل[1] ، فان هذا القاضي الثاني ينبغي له ان ينفذ قضاء القاضي الاول ويمضيه •

لأن هذه المسألة مختلفة بين العلماء ، فكان قضاؤه في موضع[2] الاجتهاد ، فكان نافذا بالاجماع ، فالقاضي الثاني بالرد يكون مخالفا للاجماع •

وهل يحل للزوج المقام معها بهذا القضاء ؟

ينظر[3] :

ان كان الرجل جاهلا يسعه من غير شبهة •

وان كان عالماً ، فهو على الاختلاف الذى حكيناه آنفاً[4] •

هذا هو الكلام في جانب الرجل •

اما الكلام في جانب المرأة ، هل يسع المرأة[5] المقام معه ؟ فهو أيضا[6] على التفصيل •

وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل قال : كل امرأة اتزوجها فهي طالق ، فتزوج امرأة ، وهو ممن لا يرى[7] الطلاق واقعا[8] ، فرفعته امرأته الى قاض لا يرى ذلك[9] الطلاق واقعا ، فقضى بصحة

---

(١) س : ان الطلاق واقع •

(٢) ب : في محل الاجتهاد •

(٣) ص : ان ينظر •

(٤) ف ج هـ م : حكيناه ايضا •

(٥) ف ج ص : المرأة • ل : هل يسعها •

(٦) س : فهو على ما مضى على التفصيل •

(٧) ف ج م : وهو ممن يرى الطلاق •

(٨) س : بهذا واقعا •

(٩) ف ج س هـ ص : لا يرى ذلك طلاقا واقعا •

النكاح ، ثم تحول الرجل عن رأيه ، وصار ممن يرى ذلك[1] الطلاق واقعاً ، ثم تزوج امرأة اخرى ، فانه يمسك المرأة الاولى ، ويفارق الثانية ؛ لأن هذا القضاء له ، لكن هذا القضاء ببطلان الطلاق فى المرأة الاولى نفذ ؛ لأنه وافق[2] رايه ، فكان فى زعمه أن القاضى مصيب ، والقضاء متى نفذ في محل الاجتهاد لا ينقض •

اما[3] في حق المرأة الثانية ، فالقاضي ما قضى ببطلان الطلاق في حقها ، فيبني الامر على رأي نفسه •

وكذا على هذا اذا اطلق امرأته ببعض الفاظ الكنايات ، ثم راجعها ، فخاصمته امرأته ، فرفعته الى قاض آخر يرى ذلك الطلاق رجعيا ، فقضى بالرجعة ، ثم رفعته بعد ذلك [١٤٨ب] الى قاض يرى ذلك[4] بائنا ، فانه ينفذ القضاء الاول ، ويمضيه ؛ لما قلنا •

وهل يحل للزوج المقام معها بهذا القضاء له[5] ؟

ينظر :

ان كان جاهلا يحل[6] •

وان كان عالماً فعلى الاختلاف الذى حكيناه آنفا •

وعلى[7] هذا مسائل ذكرها :

---

(١) ف ج س هـ ص : يرى ذلك طلاقا واقعا •

(٢) ص ف ج ك هـ : يوافق •

(٣) س : اما المراة الثانية •

(٤) من قوله : رجعيا فقضى بالرجعة •• الى هنا ليس فى س هـ •

(٥) ف ج م : به •

(٦) ف ج م : يخلى •

(٧) ف ج ص ك هـ : وكذلك على هذا • ل : وكذا على هذا •

منها : السلم فى الحيوان •

ومنها : طلاق المكره •

ومنها : القضاء بقول القافة[1] •

ومنها : القضاء بالعتق في القرعة[2] في اعتاق المريض عبداً بغير عينه[3] •

ومنها : القضاء برد المنكوحة بالعيوب الخمسة •

فالقضاء في هذه المواضع ينفذ سواء قضى بالجواز او بالرد ؛ لانه مجتهد فيه •

فاذا رفع الى قاض آخر فانه ينفذ قضاء الاول ويمضيه •

[٦٤٣] قال صاحب الكتاب[4] :

وكل ما قضى به قاض[5] مما[6]لم يخالف الكتاب والسنة ، فرفع ذلك الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ، فانه ينفذه ، ويحكم به •

فان كان بخلاف الكتاب والسنة ابطله ، وليس ينفذ[6] قضاء قاض

---

(١) ف ج م : بقول الغائبة هـ : بقول الغائب •

(٢) س ك هـ : بالقرعة •

(٣) ف ج م : بعينه • س : فى اعتاق المريض اذا اعتق عبدا ولم يعين عبده •

(٤) قوله : (قال صاحب الكتاب) ليس فى ص •

(٥) ص : قاض آخر •

(٦) ج : مما يخالف •

(٧) س : ولا ينفذ •

خالف الكتاب والسنة بحديث[1] شاذ ٠

يريد بهذا : ان القاضي اذا اعتمد حديثا شاذا فقضى به ، وكان هذا الحديث خلاف الكتاب لا ينفذ قضاؤه ، ولكل قاض رفع اليه ذلك القضاء أن ينقضه ؛ لأن الحديث الشاذ لا يجوز نسخ الكتاب به ، فكان قضاؤه هذا مخالفا للكتاب[2] ، فكان باطلا ٠

فأما اذا قضى بالسنة المتواترة ، وكان ذلك مخالفا للكتاب كان نافذا ٠ لأن نسخ الكتاب بالسنة المتواترة جائز[3] ٠

[٦٤٤] قال :

وكذلك اذا قضى بالسنة المشهورة ٠

لأن السنة المشهورة التى تلقتها[4] العلماء بالقول والعمل بها مما يجوز نسخ الكتاب بها ، نحو قوله عليه الصلاة والسلام :

« لا تنكح المرأة على عمتها »[5]٠

---

(١) س : لحديث ٠

(٢) ب : للكتاب والسنة فكان باطلا ٠

(٣) ف ج هـ : يجوز ٠

(٤) ف ج م : تلقفها ٠

(٥) حديث « لا تنكح المرأة على عمتها » حديث مشهور بين الناس حتى عده الكتاني من الاحاديث المتواترة لروايته من ستة عشر صحابيا (نظم المتناثر فى الحديث المتواتر ص ٩٧) وانظر اتحاف ذوى الفضائل المشتهرة بما وقع من الزيادة فى نظم المتناثر على الازهار المتناثرة (ص ١١٠ ـ ١١١) وقد رواه ائمة الحديث : فقد رواه البخارى عن ابى هريرة وعن جابر فى النكاح (صحيح البخارى ٣/١٦٠) ومسلم فى النكاح عن ابي هريرة (صحيح مسلم : ٢/١٠٢٨ ـ ١٠٣٠ رقم ٣٣ ـ ٤٠ من النكاح وبتسلسل ١٤٠٨) والنسائي فى النكاح (سنن : ٦/٩٦ ـ ٩٨) وابن =

وقوله عليه الصلاة والسلام :

« لا تنكح الأمة على الحرة »[1] .

ماجة في النكاح عن ابي هريرة وابن سعيد الخدرى وغيرهما (سنن : ٦٢١/١ باب رقم ٣١ تسلسل ١٩٢٩ ـ ١٩٣١) وابو داود في النكاح عن ابى هريرة وابن عباس (سنن ابى داود : ٢٢٤/٢ رقم ٢٠٦٥ ـ ٢٠٦٧) والترمذى فى النكاح عن ابى هريرة وابن عباس وقال وفى الباب عن علي وابن عمر وعبدالله بن عمرو وابي امامة وجابر وابى سعيد وعائشة وابى موسى وسمرة بن جندب (سنن الترمذى : الباب رقم ٢٩ من كتاب النكاح ج/٢ ص ٢٩٧ رقم الاحاديث ١١٣٤ ـ ١١٣٦) والدارمي في النكاح (سنن الدارمي : ٦٠/٢ ـ ٦١ رقم ٢١٨٤) ومالك في النكاح من كتابه الموطأ (فى متن تنوير الحوالك : ٧/٢) وقد اورده ابن الاثير في جامع الاصول (١٥٨/١٢ رقم ٩٠١٥ ـ ٩٠١٧) والبيهقي (السنن الكبرى : ١٦٥/٧) والامام احمد : (المسند : ج ٧٨/١ ، ٣٧٢ ، ج ٢/ ١٧٩ ، ١٨٩ ، ٢٢٩ ، ٤٢٣ ، ٤٣٢ ، ٤٧٤ ، ٤٨٩ ، ٥٠٨ ؛ ٥١٦ ؛ ج٣/ ٣٣٨) وابن حبان (موارد الظمآن: ص ٣١٠ رقم ١٢٧٥) وابن الجارود (المنتقى : ص ٢٣٠ رقم ٦٨٥) والطبراني فى الصغير (المعجم الصغير : ٨٨/١) ومجمع الزوائد (٢٦٣/٤ ـ ٢٦٤) والام (٤/٥) .

(١) حديث « لا تنكح الامة على الحرة » رواه الامام مالك فى النكاح باب نكاح الامة على الحرة انه بلغه ان عبدالله بن عباس وعبدالله ابن عمر سئلا عن رجل كان تحته امرأة حرة فأراد ان ينكح عليها أمة فكرها ان يجمع بينهما ورواه عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول : لا تنكح الامة على الحرة الا ان تشاء الحرة فان طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم ، قال مالك ولا ينبغي لحر ان يتزوج أمة وهو يجد طولا لحرة ، ولا يتزوج امة اذا لم يجد طولا لحرة الا ان يخشى العنت ... (موطأ مالك ـ في صلب تنوير الحوالك : ٩/٢) وانظر موطأ مالك بشرح الزرقاني : (٣٦/٤) وموطأ مالك برواية محمد بن الحسن =

فاذا قضى به ينفذ ، بخلاف الشاذ [على ما قلنا قبل][1] .

والله تعالى اعلم

* * *

نعم

(ص ١٨٠) ورواه الدارقطني من حديث عائشة مرفوعا بلفظ : وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم وهو ضعيف ، واخرج الطبراني وعبدالرزاق وابن ابي شيبة مثله عن الحسن مرسلا ، وعن علي ان الامة لا ينبغي لها ان تتزوج على الحرة اخرجه ابن ابي شيبة والدارقطني ، وعن جابر : لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة اخرجه عبدالرزاق من طريقه باسناد صحيح وعن سعيد بن المسيب عند ابن ابي شيبة مثله ، واخرج عن ابن مسعود نحو حديث علي (نصب الراية : ٣/١٧٤ ـ ١٧٥) وانظر الدراية : (٢/٥٧ رقم ٥٣٨) وجامع الاصول من احاديث الرسول (١٢/١٦٣ رقم ٩٠٢٩) وتلخيص الحبير : (٣/١٧١ رقم ١٥٣١) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ٧/ ١٧٥) .

(١) ب : على ما قلنا والله اعلم ، ص : لما قلنا باب .

الباب الثاني والاربعون

في القاضي[1] ترفع اليه قضية قاض آخر مما لا يجب عليه انفاذها

[٦٤٥] قال :

ولو أن قاضيا قضى بشاهد[2] ويمين ، او بقتل[3] بقسامة [١٤٩آ] أو ببيع ام الولد[4] ، ثم رفع [ذلك][5] الى قاض آخر ، فان هذا مما لا ينبغي لهذا القاضي أن ينفذه[6].

اما الاول فلأن هذا القضاء يخالف[7] الكتاب ، وهو قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[8] الآية .

[لأن][9] الله تعالى شرع فصل القضاء بشهادة رجلين ، او رجل وامرأتين ، فكان الفصل في القضاء بشاهد ويمين مخالفا للكتاب .

---

(١) ف ج م : في القاضي اذا ترفع ، ك ل : في القاضي الذى ترفع.

(٢) ب : بشهادة .

(٣) س : قتل قسامة .

(٤) ص : ام ولد .

(٥) الزيادة من س .

(٦) ف ج هـ : ان ينفذ .

(٧) س : بخلاف .

(٨) ل : واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء ان تضـــل احـــداهما فتذكر احداهما الاخرى الاية والاية من سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٩) الزيادة من ص .

والحديث[1] فيه شاذ[2] لا يجوز العمل به على مخالفة كتاب الله تعالى ، فلم[3] يعتبر الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله ، وانما اعتبر الاختلاف[4] بين المتقدمين[5] ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضى الله عنهم ومن كان معهم ، ولم يقض احد من المتقدمين بشاهد ويمين الا مروان بن الحكم ، وفعله مما لا يؤخذ به ، فلا يكون هذا مجتهدا .

واما الثاني وهو القتل بالقسامة ، فيريد به ان القتيل اذا وجد في محلة ، وبينه وبين احد من[6] اهل المحلة عداوة ظاهرة ، والعهد قريب من حين الدخول فى المحلة الى أن يوجد[7] قتيلا ، فعيّن ولي القتيل في

---

(١) ل : والحديث شاذ فيه .

(٢) الحديث الشاذ قال الامام ابو عبدالله الحاكم النيسابورى : هو حديث يتفرد به ثقة من الثقات وليس للحديث اصل متابع لذلك الثقة، سمعت ابا بكر احمد بن محمد المتكلم الاشقر يقول : سمعت ابا بكر محمد ابن اسحق يقول : سمعت يونس بن عبدالاعلى يقول : قال لي الشافعي : ليس الشاذ من الحديث ان يروى الثقة ما لا يرويه غيره ، هذا ليس بشاذ، انما الشاذ أن يروى الثقة حديثا يخالف فيه الناس هذا لشاذ من الحديث (كتاب معرفة علوم الحديث ص ١١٩) وانظر حوله علوم الحديث لابن الصلاح : (٦٨ - ٦٩) وانظر الباعث الحثيث فى اختصار علوم الحديث (ص ٣٤ - ٣٦) ، التوضيح : (١/٣٧٧) ، علوم الحديث ومصطلحه للدكتور صبحي الصالح (ط ٤ ص ١٩٦ - ٢٠٣) تدريب الراوى : ١/١٤٦ .

(٣) ف ج ك س ل : لم والتصحيح من ص والنسخ الاخرى .

(٤) ب : الخلاف .

(٥) س : المتقدمين اعنى الصحابة .

(٦) ب : من المحلة .

(٧) هـ ل ب : الى أن وجد .

المحلة رجلين انهما قتلاه[١] ، وحلف على ذلك :

فعند مالك رحمه الله وهو قول[٢] الشافعي فى القديم يقضى القاضى له بالقود[٣] .

وعندنا لا يقضى بذلك[٤] .

فاذا قضى به ثم رفع الى قاض آخر ينقض[٥] هذا القضاء ؛ لأن هذا القضاء يخالف الاجماع ، لما أن مالكا[٦] لم يكن موجودا فى الصحابة ، فلا يكون قوله معتبرا .

والدليل عليه : أن أول من قضى بالقود بالقسامة معاوية ، فلم يكن مختلفا بين الصحابة ، فكان القضاء مخالفاً للاجماع ، فكان[٧] للثاني أن ينقضه .

واما الثالث فما ذكر صاحب الكتاب من الجواب [فعلى] قول محمد .

واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف [رحمهما الله] فلا[٨] ينقض ؛ لأن الصحـــابة اختلفوا فى جواز بيعهـــا ، ثم اجمع المتأخرون على انه لا يجوز .

---

(١) ف ج م : قتلا وحلفت .

(٢) ب : وهو قول الشافعي القديم .

(٣) ف ج : بالقوم وهو تصحيف .

(٤) ص : وعندنا لا يقضي (بسقوط لفظة بذلك) ب : وعندنا لا (بسقوط عبارة يقضى بذلك) .

(٥) س : ينقضه . ف ج هـ ص ب : ينقضها لان هذه القضايا .

(٦) ف ج م : لما ان قال كان لم يكن موجودا .

(٧) ص : فكان ان ينقضه .

(٨) ف ج ك : لا (بسقوط الفاء) وفى س : فينفذ .

والصحابة[1] متى اختلفوا فى شىء ، ثم اجمع التابعون[2] على أحد القولين ، فهل ينسخ[3] الاختلاف الذى كان بين[4] الصحابة باجماع التابعين ؟

عندهما : لا [ينسخ][5] •

وعنده : ينسخ[6] •

فكان القضاء عندهما في محل الاجتهاد ، فيكون نافذا فلا يكون للثاني أن ينقضه •

وعنده[7] يخالف الاجماع ، فكان [١٤٩ب] للثاني أن ينقضه •

[٦٤٦] قال :

ولو قضى قاض بمال بقسامة[8] كان للقاضي الثاني أن يبطله ولا ينفذه •

يريد به أن مال الانسان اذا تلف في محله فقضى قاض بوجوب ضمان المال بالقسامة ، وقاسه على النفس ، فهذا القضاء باطل ؛ لأنه مخالف

---

(١) ص : والصحابة اذا •

(٢) ج : ثم اجمع الفاهمون •

(٣) ل س ص : فهل ينفسخ •

(٤) ج : الذى في الصحابة • ف الذى بين الصحابة • هـ في الصحابة •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) ل س ص : ينفسخ • ب : ينتسخ •

(٧) قوله : ينسخ فكان القضاء فى محل ••• الى هنا ليس فى هـ وقوله : يخالف الاجماع فكان للثاني ••• الى هنا ليس فى ص •

(٨) ف ج هـ ص : بمال القسامة •

للكتاب : قال الله تعالى :

« ولا تزر وازرة وزر اخرى »[1].

وهذا القياس فاسد .

لأن المال مبتدل[2] ، والنفس مستبدل ، فكان هذا القضاء مخالفاً للاجماع ، فكان باطلا ، فكان للثاني أن ينقضه .

[٦٤٧] وكذلك متعة النساء في النكاح الى أجل لو[3] قضى بها ثم رفع الى قاض آخر أبطل ذلك ولم ينفذه .

لأن هذا القضاء يخالف الاجماع ؛ فان الصحابة رضى الله عنهم اجمعوا على فساده ، وصح رجوع ابن عباس عنه[4] . وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت :

---

(١) الاية من سورة الانعام : ١٦٤ ومن سورة الاسراء : ١٥ ومن سورة فاطر : ١٨ ومن سورة الزمر : ٧ .

(٢) ب ل ص : مبتذل .

(٣) ب : فلو .

(٤) ل : ابن عباس الى قولهم فيها . وقوله : وصح رجوع ابن عباس عنه روى الترمذى عن محمود بن غيلان اخبرنا سفيان بن عقبة اخو قبيصة بن عقبة اخبرنا سفيان الثورى عن موسى بن عبيدة عن محمد بن كعب عن بن عباس قال : « انما كان المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه ، حتى اذا نزلت الاية (الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم) قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام » (سنن الترمذى ـ النكاح : ٢/٢٩٥ رقم ١١٣١) وقال الترمذى ايضا : وانما روي عن ابن عباس شيء من الرخصة فى المتعة ، ثم رجع عن قوله حيث اخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم وامر اكثر اهل العلم على تحريم =

هي منسوخة نسختها آية الطلاق[1] .

والعمل بالمنسوخ حرام ، فلم يكن هذا القضاء نافذا ، فكان للثاني

المتعة وهو قول الثورى وابن المبارك والشافعي واحمد واسحاق (سنن الترمذى ٢/٢٩٥ رقم : ١١٣٠) واخرج ابن المنذر ، والطبرانى والبيهقي من طريق سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس ماذا صنعت ؟ ذهب الركاب بفتياك وقالت فيه الشعراء ! قال : وما قالوا ؟ قلت : قالوا :

اقول للشيخ لما طال مجلسه
يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آنسة
تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال ، انا لله وانا اليه راجعون ، لا والله ما بهذا افتيت ، ولا هذا أردت ، ولا احللتها الا للمضطر ، ولا أحللت منها الا ما أحل الله من الميتة والدم ولحم الخنزير (مجمع الزوائد : ٤/٢٦٥) وانظر الدر المنثور : (٢/١٤١) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ٧/٢٠٥) ونصب الراية: (٣/١٨١ – ١٨٢) ، الدراية : (٢/٥٨ ضمن الرقم ٥٤٠) .

(١) قوله : وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت : هي منسوخة نسختها آية الطلاق روى الحافظ ابو عبدالله الحاكم عن ابي العباس محمد بن احمد المحبوبي ثنا الفضل بن عبدالجبار علي بن الحسين بن شقيق ثنا نافع بن عمر الجمحي قال:سمعت عبدالله بن عبيدالله بن ابي مليكة يقول:سألت عائشة رضي الله عنها عن متعة النساء فقالت:بيني وبينكم كتاب الله قال : وقرأت هذه الآية : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت ايمانهم. فانهم غير ملومين » فمن ابتغى وراء ما زوجه الله او ملكه فقد عدا . هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (المستدرك : ٢/٣٩٣) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ٧/٢٠٦ – ٢٠٧) واخرجه ابن المنذر وابن ابى حاتم عنها ايضا (الدر المنثور في التفسير بالمأثور : ج ٥/ص ٥) وفى الباب عن ابن مسعود وعلي (السنن الكبرى : ٧/٢٠٧) .

أن يبطله .

وروي عن ابي يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ[١] .

لكن هذا شاذ لا يعمل به .

هذا في لفظ المتعة ؛ بان قال : اتمتع بك الى أجل ، فأما في لفظ[٢] النكاح ، بأن قال . تزوجتك الى شهر ، فعندنا يبطل النكاح ، وعند زفر يصح النكاح ، ويبطل الوقت . فكان هذا[٣] في موضع الاجتهاد .
فاذا قضى[٤] القاضي به نفذ قضاؤه ، فاذا رفع الى قاض آخر كان عليه أن يمضيه[٥] .

[٦٤٨] قال :

ولو أن رجلا اعتق نصف عبده ، او نصف أمته ، او كانت أمة بين اثنين فاعتقها احدهما وهو معدم ، فقضى القاضي ببيع نصفه ، فباعه ، ثم اختصما الى قاض آخر لا يرى ذلك فانه يبطل البيع ، ويبطل القضاء .
لأن هذا القضاء مخالف لاجماع الصحابة ؛ فان الصحابة اجمعوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا :
قال بعضهم : يخرج الى العتق بالسعاية ، واليه ذهب ابو حنيفة رحمه الله .

---

(١) من قوله : فكان للثاني ان يبطله ... الى هنا ليس فى ف ج م . وقوله : وروي عن ابى يوسف ان القضاء بالمتعة نافذ انظر آراء الحنفية فى هذه المسالة فى شرح معانى الاثار جـ ٣ ص ٢٧ .

(٢) ب : لفظة .

(٣) ب ف ج ص : فكان هذا موضع .

(٤) ص : فاذا قضى نفذ .

(٥) ف ج : ان يمنعه .

وقال بعضهم : يعتق كله ، واليه ذهب ابو يوسف ومحمد رحمهما الله .

فكان هذا القضاء مخالفاً للاجماع [١٥٠آ] فكان باطلا ، فعلى القاضي الثاني أن ينقضه .

[٦٤٩] قال :

ولو أن قاضيا قضى بخلاص في دار لانسان ، فاستحقت ، فأخذه قاض بدار مثله ، وحكم بذلك عليه ، فان هذا اذا رفع الى آخر[١] ابطله ، ولم ينفذه .

يريد به ان الانسان يبيع داره من انسان ، ويضمن له الخلاص ، او غير البائع يضمن له الخلاص .

وتفسير[٢] الخلاص : انه لو جاء مستحق ، واستحقها فهو ضامن للخلاص ، يستخلص الدار من يد المستحق ؛ اما بشراء[٣] ، او هبة ، او بوجه من الوجوه ، فاذا ضمن الخلاص بهذه الصفة ، ثم ظهر الاستحقاق ، فرفع الى قاض آخر يرى ذلك الضمان صحيحا ، فقضى عليه بتسليم الدار ، ثم رفع الى قاض آخر لا يرى ذلك الضمان صحيحا ، فانه يبطله .

لأن هذا الضمان باطل ، فانه شرط ما لا يقدر على الوفاء به ، فلا يصح .

فاذا قضى بصحته ، كان قضاء بصحة الباطل ؛ فلم يكن نافذا .

وهذا الذى ذكرنا من تفسير الضمان[٤] للخلاص قول ابي حنيفة

---

(١) ص : الى قاض آخر .

(٢) ف ج ص : وتفسيره انه .

(٣) ص : شراء .

(٤) ص : ضمان الخلاص .

رحمه الله ، وهو اختيار صاحب الكتاب •

فأما[1] عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ، فتفسير ضمان الخلاص ، والدرك والعهدة ، واحد : وهو الرجوع بالثمن على البائع •

وعند ابي حنيفة تفسير ضمان الخلاص ما بينّا ، وتفسير ضمان العهدة ، وضمان الصك القديم الذى عند البائع •

فان[2] ضمان الخلاص ، او العهدة ، او الدرك ، لما كان صحيحا[3] عندهما ، ثم استحق المبيع من يد المشتري ، كان له أن يأخذ الضامن عندهما ، فمتى قضى قاض بصحة ذلك الضمان ، واثبت للمشتري حق الخصومة مع الكفيل ، ينفذ هذا القضاء •

فاذا رفع الى قاض آخر ينفذه •

فأما اذا ضمن الخلاص ، وهو تسليم الدار الى المشتري من يد المستحق كما هو مذهبه كان باطلا ، فاذا رفع الى قاض آخر يبطله •

[٦٥٠] قال :

وكذلك قاض قضى بابطال[4] حق رجل فى دار •

وذلك انه أقام [ثلاث] سنين[5] لا يطلب حقه ، فابطل القاضي حقه من أجل ذلك ، ثم رفع[6] الى قاض آخر ، فانه يبطل قضاء القاضي

---

(١) ص : واما عندهما تفسير ضمان •••

(٢) ص : وان •

(٣) ب س ل ص : كما هو صحيح عندهما •

(٤) ل : بما يبطل حق رجل فى دار •

(٥) ف ج م : بينتين ، والزيادة من حاشية س ومما سيورده الشارح •

(٦) ج : رجع •

بذلك ، ويجعل الرجل على حقه في الدار •

لأن بعض العلماء [١٥٠ب] وان قال بان من له دعوى[١] في دار في يدي[٢] رجل فلم يخاصم ثلاث سنين ، وهو فى المصر ، فقد بطل حقه ، لكن[٣] هذا القول مهجور ، مخالف لقول الجمهور من العلماء والفقهاء فى الامصار ، فكان خلافاً لا اختلافـا ، والقضاء فى موضـع الخـلاف لا ينفذ •

فاذا رفع الى قاض آخر كان له ان يبطله •

[٦٥١] قال :

ولو أن زوجة رجل او ابنته ، عفت عن دم عمد ، وهى وارثـة المقتول ، فابطل ذلك قاض ، وقضى بالقود للرجل[٤] ، وقال : لا عفو للنساء ، ثم رفع الى قاض آخر قبل ان يقاد[٥] الرجل ، فانه ينفذ العفو ويبطل القود • و [يبطل][٦] قضاء ذلك القاضي •

لأن بعض العلماء وان قال انه لا حق للنساء فى القصاص ، فلا يصح عفوهن ، لكن هذا قول مهجور ، مخالف لقول الجمهور ، ومخالف[٧] للكتاب ، قال[٨] الله تعالى :

---

(١) ف ج : بان من قال له الدعوى • ص : بان من له الدعوى •

(٢) ك : يد •

(٣) س : لان هذا •

(٤) س : لرجل •

(٥) ب : يقاد من الرجل •

(٦) الزيادة من ف ج م •

(٧) ف ج : ويخالف الكتاب •

(٨) هـ : فقال •

« ولهن الربع مما تركتم ... » الآية[1] .

اثبت لها الحق في ربع[2] المتروك من غير فصل ، فكان هذا القضاء باطلا ، فكان للثاني أن يبطله .

وان كان الرجل قد أقيد[3] وقتل ، فان هذا القاضي الثاني لا ينبغي له أن يحكم فى ذلك بشيء ، ويترك الأمر فيه بحاله هكذا ذكر ههنا .

وهذا غير سديد .

لكن السديد انه ينظر :

ان كان عالماً ، يجب القصاص ؛ لانه قتل شخصاً محقون الدم .

وان كان جاهلا تجب الدية .

هكذا ذكر فى كتاب الديات فقال :

ان كان الدم بين اثنين ، فعفا احدهما ، ثم قتل الآخر[4] ، قال : ان كان جاهلا تجب عليه الدية ، وان كان عالما يجب القصاص عليه .

[٦٥٢] ولو أن قاضيا قضى برد[5] أمة أو عبد اشتراه المشتري ، وقبض ، ونقد الثمن ، فاصابه عنده لم[6] ، فرده القاضى على البائع بذلك بغير اقرار من البائع ، ولابينة شهدت عليه ، ثم رفع[7] الى قاض آخر ، أبطل ذلك ، ولم ينفذه .

---

(١) سورة النساء : آية : ١١ .

(٢) ك ل س ف ج : فى الربع المتروك .

(٣) س أقيل .

(٤) ف ج م : للآخر . س : قبل الآخر .

(٥) ب ف ج هـ م : قضى برد دابة او أمة .

(٦) هـ : الم . قلت : واللمم : الجنون .

(٧) ج : رجع .

لأن بعض العلماء وان قال بان المشتري اذا جن في يد المشتري له حق الرد ؛ لأن الجنون انما يكون لنقصان يتمكن فى اصل الخلقة ، فاذا وجد فى يد المشترى يستدل به على أنه كان ذلك النقصـان فى يد البائع ، لكن هذا القول مهجور ، فلا يعتبر بمقابلة قول [١٥١آ] الجمهور من العلماء •

فاذا قضى القاضى بذلك كان هذا القضاء مخالفاً للاجمـاع ، فكان للآخر أن يرده •

[٦٥٣] قال :

وكذلك امرأة بلغت ولها زوج ، فتصرفت فى مال نفسها ؛ بأن[١] اعتقت رقيقا لها ، او أقرت بدين ، أو أوصت بوصايا ، بغير رضى زوجها ، فأبى ذلك ، فرفعها الى القا ضي ، فأبطل فعلها ، ثم ارتفعوا الى قاض آخر ، فانه يبطل حكم ذلك القاضى ، وينفذ ما صنعت المرأة من ذلك •

لأن بعض العلماء وان قال ان[٢] تصرف المرأة لا ينفذ من غير رضى زوجها ؛ لأنها بعقد النكاح صارت مرقوقة[٣] للزوج ، لكن هذا قـول مهجور لا يعتبر بمقابلة قول الجمهور من العلماء ، وبمقابلة الكتاب ، وهو قوله تعالى :

« وان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن [من بعد وصية يوصين بها او دين] »[٤] الآية •

فالله تعالى حكم عليها بصحة الوصية من غير اعتبار اذن الزوج •

---

(١) س ف ج ص : فان •

(٢) ف ج م : بأن •

(٣) ف ج م : موقوفة •

(٤) سورة النساء : آية : ١١ •

فاذا قضى[١] القاضى بذلك لـم ينفذ القضاء ، فكان للقاضى الثاني أن يبطله •

[٦٥٤] قال :

وكذلك لو[٢] أن امرأة طلقها زوجها قبل الدخول بها ، وقد كانت قبضت منه المهر ، وتجهزت به ، فقضى القاضى للزوج بنصف الجهاز ، ثم رفع الى قاض آخر ، فانه يبطل ذلك القضاء ؛ لأن بعض العلماء وان قال للزوج نصف الجهاز[٣] ؛ لأن في العادة المرأة انما تأخذ المهر لتتجهز به ، فجعل ذلك بمنزلة أن الزوج هو الذى فعل[٤] ذلك بنفسه ، لكن هذا قول مهجور ، فلا يعتبر بمقابلة قول الجمهور من العلماء والكتاب ، وهو قوله تعالى :

« فنصف ما فرضتم •• »[٥] •

فالله[٦] تعالى اوجب نصف المفـروض بالطـلاق قبـل الدخـول ، والمفروض هو المسمى في العقد ، والجهاز ما كان مسمى في العقد ، فلا يتنصف ، فاذا قضى القاضي بذلك بطل قضاؤه •

ولو رفع الى قاض آخر كان له ان يبطله ، ويقضى عليها بنصـف المفروض •

---

(١) عبارة س : (فاذا قضى القاضي كان هذا القضاء باطلا واذا رفع الى قاض آخر كان له ان ينقضه) وهو الذى سيأتي بعد قليل اى بسقوط مسالتين هنا •

(٢) ف ج م : ولو ان • ص ب هـ : وكذلك امرأة طلقها •••

(٣) من قوله : ثم رفع الى قاض آخر ••• الى هنا ليس فى ف ج•

(٤) ص : فعل بنفسه •

(٥) سورة البقرة آية : ٢٣٧ •

(٦) ف ج م : الله (بسقوط الفاء) •

[٦٥٥] قال :

وكذلك لو أن قاضياً قضى بشهادة رجل يشهد على خط ابيه ، او أبطل مهراً بغير بينة ، ولا اقرار ، فان هذا باطل ، لا ينفذ حكم هذا القاضي بذلك .

لأن بعض العلماء وان قال [١٥١آ] بجواز[١] الشهادة على خط ابيه ، وصورته : ان الرجل اذا مات فوجد ابنه خط ابيه فى صك علم يقينا[٢] أنه خط ابيه ، فانه يشهد بذلك الصك ، لأن الابن خليفة الميت في جميع الاشياء ، لكن هذا قول مهجور ، فلا يعتبر بمقابلة قول الجمهور من العلماء والكتاب وهو قوله تعالى :

« الا من شهد بالحق وهم يعلمون »[٣] .

وهو لا يعلم .

فاذا قضى القاضي[٤] بذلك كان هذا القضاء باطلا ، فاذا رفع الى قاض آخر كان له أن ينقضه[٥] .

وكذا قال بعض العلماء ، وان[٦] بطل حقها فى المهر[٧] .

(١) ب هـ ص : يجوز .

(٢) ف ج م : علم هنا .

(٣) سورة الزخرف : ٨٦ .

(٤) ف ج هـ ص : فاذا قضى القاضي كان ..

(٥) منقوله في بداية المسألة ٦٥٤ : وكذلك لو ان امرأة طلقها زوجها قبل الدخول بها وقد كانت قبضت منه المهر ... الى هنا ليس فى نسخة س (اى بسقوط المسألة ٦٥٤ كلها وقسم من المسألة ٦٥٥) .

(٦) ص : وان قال بطل .

(٧) ف ج م : فى المصر وهو تصحيف ، وفى س : وكذا قال بعض العلماء فانه يبطل حقها فى المهر بطول المدة .

وصورته : وهو أن المرأة متى لم تخاصم زوجها في المفروض حتى مضت مدة طويلة ، ثم خاصمت يبطل حقها في الصداق ، فالقاضي لا يلتفت الى خصومتها ، لكن هذا القول مهجور [فلا يعتبر بمقابلة قول الجمهور][1] ؛ لأنه ينبنى[2] على المسألة التى تقدمت من القضاء بابطال حق الانسان في الدار بسبب تأخير الخصومة وقد ذكرنا[3] ذلك .

وكذلك رجل طلق امرأته ثلاثاً ، وهي حبلى ، او حائض ، او[4] قبل أن يدخل بها ، فقضى قاض بابطال ذلك ، او ابطل بعضه ، فرفع الى قاض آخر لا يرى ذلك، فانه يبطل ما قضى به القاضي في ذلك[5] وينفذه على الزوج ما كان منه .

لأن على قول أهل الزيغ[6] اذا اوقع[7] الثلاث في حال[8] الحيض ، أو في طهر جامعها فيه ـ ان كان[9] ـ لا يقع اصلا .

---

(1) الزيادة من ص .

(2) ف ج : ينبغي .

(3) ف ج م س : وقد ذكرناه (بسقوط كلمة ذلك) .

(4) (أو) ليست في س وهو سهو .

(5) ف ج هـ ص ب : ما قضى القاضي بذلك . وقوله في ذلك ليس في س .

(6) ف ج م: اهل الزوج. ص: أهل الرفع. وكلاهما تصحيف.

(7) س : اذا وقع الطلاق الثلاث .

(8) ف ج م : في حالة وفي س : في حالة الحبل او حالة الحيض او في طهر ...

(9) سقطت الجملة الاعتراضية (ان كان) من نسخة س .

وعلى قول[1] الحسن البصري : اذا أوقع الثلاث - ان كان[2] - يقع واحدة ٠

لكن كلا القولين باطل ٠

لأنه مخالف للكتاب[3] : قال الله تعالى :

« فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »[4] الآية من غير فصل ، والمراد به الطلقة[5] الثالثة ٠

فمن قال[6] لا يقع شيء ، او تقع واحدة ، فقد اثبت الحل للزوج الاول بدون الزوج الثاني ، وهو مخالف للكتاب ٠

فاذا قضى القاضي به لا ينفذ ٠

فاذا رفع الى قاض آخر كان له أن يبطله ٠

[٦٥٦] قال :

ولو أن قاضيا ضرب [رجلا][7] حدا في تعريض[8] ابطلت الحد على المضروب ، واطلقت[9] شهادته ٠

لأن هذه المسألة ، وان كانت مختلفا فيها[10] بين عمر وعلي رضى

---

(١) ف ج م : وعلى قول البصري ٠

(٢) س : اذا وقع الثلاث لا تقبل الا واحدة ، وكلا القولين باطل ٠٠٠ ص : اذا اوقع الثلاث تقع واحدة لكن كلا القولين باطل ٠

(٣) س : مخالف لكتاب الله تعالى ٠

(٤) سورة البقرة : آية : ٢٣٠ ٠

(٥) س : والمراد منه المطلقة الثلاث ٠

(٦) ف ص ج : فمن قال بان لا يقع شيء ٠٠

(٧) الزيادة من س ٠

(٨) س : في التعريض بالقذف ٠

(٩) ف ج : وابطلت شهادته ٠

(١٠) ف ج ل : مختلفة بين علي وعمر ب ص : مختلفة بين عمر وعلي ٠

الله عنهما ، وصورتها : [١٥٢آ] أن الرجلين اذا تخاصما فقال احدهما : اما أنا فلست بزان ، فعند عمر رضى الله عنه يحدّ ، وعند علي رضى الله عنه لا يحد .

لكن[١] قول عمر ههنا مهجور ؛ لأنه مخالف للكتاب ، فان الحد في الكتاب معلق بالرمي[٢] ، قال الله تعالى :

« والذين يرمون المحصنات ... »[٣] .

والرمي لم يوجد ، فلم ينفذ القضاء .

فمتى رفع الى قاض آخر يرى ذلك القضاء باطلا ، فانه ينقض قضاء الاول ، ويجعل المحدود جائز الشهادة .

[٦٥٧] قال :

ولو أن قاضيا قضى في العنين ، بان لا يؤجل العنين حولا ، ثم رفع الى قاض آخر ، فانه يبطل[٤] هذا القضاء ، ويؤجل العنين حولا .

لأن عند بعض العلماء ، وان كان لا يؤجل العنين ، لكن[٥] هذا قول مهجور لا[٦] يعتبر بمقابلة الجمهور من العلماء ، ثم[٧] ينفذ ، فاذا

---

(١) قوله (لكن) ليس في ص .

(٢) س : معلق بالرمي ولم يوجد قال ...

(٣) سورة النور : آية : ٤

(٤) ص : فانه يبطل قضاء الاول .

(٥) ف ج ك : لان هذا .

(٦) س : فلا يعتبر .

(٧) س : فلا ينفذ .

رفع الى قاض آخر ، كان له ان يبطله •

ثم القاضي اذا قضى في حادثة لا يوجد فيها نص من الكتاب ، ولا من الاخبار ، ونقل فيها قول عن[1] المتقدمين ، فهذا على وجهين :

اما أن نقل فيها قول[2] من المتقدمين : انهم كانوا على ذلك القول لكن من غير اجماع ؛ بأن لم[3] يبلغ الباقين ، ثم ان واحدا من المتأخرين قال فيها قولا[4] مخالفا لقول المتقدمين ، فقضى قاض بقول هذا المتأخر[5] نفذ قضاؤه لأن الناس يتفاوتون في حدة الخاطر ، فتصير المسألة مختلفة ، فمتى قضى القاضي[6] فيها بقول المتأخر فقد قضى في محل الاجتهاد والاختلاف ، فنفذ قضاؤه •

واما ان نقل فيها اختلاف بين[7] المتقدمين على قولين ، فقضى القاضي[8] فيها بقول ثالث ، فهذا على وجهين :

اما أن يكون[9] ما قضى به خلاف علماء زمانه ، او يوافق[10] قول علماء زمانه •

---

(١) ف ج : من •

(٢) ف ج ص : قول المتقدمين •

(٣) مصحح ك : بان كان لم يبلغ •

(٤) ص : قولا آخر مخالفا •

(٥) ص : المتأخرين •

(٦) ص ب : قضى القاضي بقول •

(٧) ف ج : عن المتقدمين • ص ب : اختلاف المتقدمين •

(٨) ص ف ج : فقضى القاضي بقول ••

(٩) س : يكون قضاؤه خلاف قول علماء زماننا •

(١٠) ص : موافق •

ففي الوجه الاول : لا ينفذ[1] قضاؤه بالاجماع •

وفي الوجه الثاني : اختلفوا فيه :

قال بعضهم : ينفذ ، واليه مال صاحب الكتاب •

وقال بعضهم : لا ينفذ[2]، واليه ذهب القاضي الامام عليّ السغدي ، والشيخ الامام شمس الائمة السرخسي •

وهذه مسألة اصولية ، وهي ان أهل العصر اذا اجتمعوا على شيء وانقرضوا ، [١٥٢ب] ثم خالفهم من بعدهم من العلماء ، واتفقوا على قول خلاف ما اتفق عليه المتقدمون ، هل يعتبر هذا ؟

منهم من قال : يعتبر ، واليه مال صاحب الكتاب •

ومنهم من قال : لا [يعتبر][3] ، واليه مالا •

وهو الصحيح[4] •

ووجه البناء على هذه المسألة ان المتقدمين لمـــا اختلفوا على هذين القولين ، وتناظروا ، فأتى[5] كل واحد منهم بالدلائل[6] والحجج ، فقر أجمعوا على انه ليس ههنا قول ثالث ، فصار كما لو اجمعوا على قـول واحد •

ولو اجمعوا على قول واحد ، ثم اجمع من بعدهم على خلاف ذلك ،

---

(١) ب : ففي الوجه الاول ينفذ •

(٢) عبارة (واليه مال صاحب الكتاب وقال بعضهم لا ينفذ) ليست في س •

(٣) الزيادة من ب •

(٤) ف ج : وهو الاصح •

(٥) ص : وأتى كل منهم الدليل •

(٦) ص : الدليل • س : بدليل وقد اجتمعوا على انه •

كانت المسألة مختلفة ، فكذا ههنا ، بخلاف الوجه الاول من المسألة .

لأن في ذلك الوجه نقل عن المتقدمين انهم كانوا على هذا القول ، وما تناظروا[١] ، وما اجمعوا على انعدام قول آخر ، فاذا ظهر قول بخلاف ذلك القول من المتأخرين صارت[٢] الحادثة مختلفة ، فاذا قضى القاضي بأحد القولين كان القضاء في محل الاجتهاد فنفذ[٣] .

[٦٥٨] قال[٤] :

أن رجلا له على رجل مال ، وطالبه[٥] به ، فقال[٦] له: ان لم أقض مالك اليوم فامرأتي[٧] طالق ثلاثاً ، او قال : فعبدي حر ، فتغيب عنه الطالب ، فخشي المطلوب أن يحنث ، وأتى الحاكم بالمال ، وأخبره بالقضية ، فنصب[٨] له القاضي وكيلا ، وأمره بقبض المال للطالب ، وحكم بذلك ثم رفع الى حاكم آخر :

قال ابو يوسف : لا يجوز هذا .

وهذا قولهم جميعاً ، وان خص [بالذكر][٩] قول ابي يوسف .

---

(١) ف ج م : وتناظروا .

(٢) س : صارت المسألة مختلفة .

(٣) ص : فنفذ قضاؤه .

(٤) قوله (قال) ليس في ص ف ج م .

(٥) ف ج : فطالبه . س : له على رجل دين وطالبه .

(٦) ب : فقال ان لم أقض ..

(٧) ص س : فامراته .

(٨) ص : فينصب .

(٩) الزيادة من س .

وذكر الناطفي[1] في الواقعات وقال :.

ذكر في كتاب الحسن بن زياد ان القاضي ينصب وكيلا عن الغائب ، ويقبض ما عليه ولا يحنث •

قال الناطفي : وعليه الفتوى •

وكذلك لو قدم رجل رجلا الى القاضي فقال : لابي على هذا الرجل الف درهم ، وابي غائب ، وأخاف أن يتوارى هذا ، فرأى القاضي أن يجعله وكيلا لأبيه ، فجعله وكيلا لابيه ، وقبل بينته على المال ، وحكم بذلك ، ثم رفع الى قاض آخر ، فانه لا يجيزه •

لأن هذا ليس بقضاء على الغائب •

اما في الفصل الاول فلأن القضاء [١٥٣] على الغائب انما يكون اذا قامت البينة ، وادعى حقا على الغائب ، فحينئذ تكون المسألة مختلفة •

فعندنا[2] لا ينصبّ القاضي عنه وكيلا •

---

(١) الناطفي : هو احمد بن محمد بن عمر ابو العباس الناطفي احد الفقهاء الكبار واحد اصحاب الواقعـــات والنوازل ، ومن تصانيفه (الاجناس والفروق) في مجلد و (الواقعات) في مجلد ، وحدث عـن ابي حفص بن شاهين وغيره والناطفي نسبة الى بيع الناطف وعمله ، توفي بالري سنة ست واربعين واربعمائة انظر ترجمته واخباره في الجواهـر المضية : ١/١١٣ ـ ١١٤ رقم ٢٢٢ ، وقابل ذلك بما في ج ٢ ص ٣٥٠ رقم ٧١٢ من الكتاب نفسه • تاج التراجم ص ٩ رقم الترجمة ١٦ ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرىزادة ص ٧٢ ، الفوائد البهية ص ٣٦ وفيه انه احمد بن محمد بن عمرو ، طبقات ابن الحنائي الورقة ٢١ آ • رسالة في بيان السلف من العلماء الراسخين الورقة ٢ ب • مفتاح السعادة : ٢/٢٧٩ ـ ٢٨٠ •

(٢) س ف ج : مختلفة عندنا •

وعند بعض العلماء ينصب •

وهذا لم يحضر البينة ، ولم يدع على الغائب شيئاً ، فلا يكون قضاء على الغائب •

لكن هذا[1] تكلف تحرزا عن الحنث •

واما في الفصل الثاني فكذلك •

الا انه أخبر[2] أن للغائب[3] على الحاضر حقاً ، وهو ليس بخصم عن الغائب ، انما هو تكلف[4] فضولي •

فرق بين هذا وبين المفقود ؟ فان ثمة القاضي يجعل ابن المفقود[5] وكيلا في طلب حقوقه •

والفرق : أن المفقود كالميت ، فكان للقاضي بسوطة[6] يد في ماله • فانما يجعله[7] وكيلا لبسوطة[8] يده في ماله ، لا لأنه[9] ابنه •

وهذا المعنى معدوم ههنا •

وذكر في بعض النسخ :

---

(١) س : لكن هذا تحرز عن الحنث •

(٢) ف : لا أن أجيز (وهو تصحيف) •

(٣) ب : ان الغائب له على الحاضر •

(٤) س ك ص ل هـ : مكلف • ب : مكلف فضول •

(٥) س : من المفقود •

(٦) ف ج : بشرطه • س : أن يبسط يديه ، ص : فكان للقاضي طلب حقوقه بسوطة يد في ماله • ب : بسط يد •

(٧) ف ج : جعله •

(٨) ف ج م : بشرطه يد • س : لبسوط •

(٩) ل : لانه ابنه (بسقوط لا) •

وقد قال بعض الناس ذلك[1] .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني : أراد بذلك الفصل الاول ، وهو فصل اليمين ؛ فانه[2] [روى عن محمد ما يقارب الفصل الاول ، وهو فصل اليمين ؛ فانه][3] روي عنه أن رجلا لو جاء الى القاضي ، فقال : ايها القاضي ؛ ان لفلان كان علي كذا من المال ، وقد أوفيته ، وانه[4] في بلد كذا ، واني اريد أن أقدم تلك البلدة ، واخاف أن يجحد[5] ؛ فيأخذني بذلك الحق ، فاسمع من شهودى هذا ، واكتب[6] لي حجة ، حتى لو خاصمني تكون حجة لي ، فالقاضي يسمع[7] منه ، ويجعل عن[8] الغائب خصماً ، كذا قال محمد رحمه الله .

قال الشيخ الامام شمس[9] الائمة الحلواني .

وهذا يقارب الفصل الاول ، وهو فصل اليمين الذى ذكر ههنا ،

---

(١) (ذلك) ليست فى ص .

(٢) س : فانه روي عن محمد ما يقاربه .

(٣) الزيادة من ب هـ ص .

(٤) س : وهو فى بلدة كذا وانا اريد السفر الى تلك البلدة واخشى ...

(٥) ف ج هـ : ان يجحدني بذلك .

(٦) ف ج م هـ : فأكتب .

(٧) ف ج : يسمع ذلك منه .

(٨) ف ج : على . س : وينصب عن .

(٩) ف ج : شمس الدين .

فيكون قوله ثمة[1] قولا ههنا ٠

وقد قال بعض الناس هذا القول ايضا في فصل اليمن نصا[2] ٠

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

(١) ف ج ك : فيكون قوله ثمة يكون وكيلا ههنا
ل : فيكون قوله ثمة قوله ههنا ٠
ب ص : فيكون قوله ثمة يكون قولا ههنا ٠
والتصحيح من س هـ ٠

(٢) ف ص : ايضا ٠ س : هذا القول ايضا نص فى فصل اليمين وبالله التوفيق ٠

الباب الثالث والاربعون

في من يقضى[1] بين الناس زمانا ثم يعلم انه ممن لا يجوز قضاؤه

[٦٥٩] قال[2] :

ولو أن قاضيا قضى بين الناس زمانا ، ثم علم انه[3] عبد ، او ذمي ، أو محدود فى قذف او فاسق ، [١٥٣ب] او اعمى ، او مرتش فى الحكم[4] قد ولي ، فان قضاياه ترد ، ولا[5] ينفذ منها شيء •

اما العبد : فلأنه ليس بأهل للشهادة أصلا ؛ فلأن[6] لا يكون أهلا للقضاء أولى •

واما الذمي : فلأنه ليس من أهل الشهادة على المسلم اصلا ، فلأن[7] لا يكون من أهل القضاء بطريق الاولى •

واما المحدود فى القذف : فلأنه ليس من أهل اداء الشهادة ؛ فـان شهادته لا تقبل ، وان كان من أهل اصل الشهادة[8] ؛ حتى ينعقد[9] النكاح

---

(١) ك : باب القاضي يقضي بين الناس ••• والتصحيح مـن حاشيتها ومن سائر النسخ •

(٢) قوله (قال) ليس فى ب •

(٣) س ص : أن عبدا او ذميا ••• كلها بالنصب •

(٤) ل : في الحكم متأول •

(٥) ص : لا (بسقوط الواو) •

(٦) س : فلا يكون • هـ : فلأنه •

(٧) س : فلا يكون •

(٨) س : اصل الشهادة فانه شهادة لا تقبل حتى ينعقد •

(٩) ف ج ك ب : ينفذ •

بشهادته ، فلا يكون من أهل القضاء .

[لأن القضاء ينبني على قول مقبول

واما الاعمى : فلأنه ليس بأهل لاداء الشـــهادة ايضا ؟ حتى لا تقبل شهادته ، فلا يكون من أهل القضاء][1] .

واما الفاسق والمرتشـــي : فقد ســـوى في الكتاب بينهما وبين العبد والذمي والمحدود في القذف والاعمى ، وهو رأي صاحب الكتاب ، واختيار الطحاوي ، أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير[2] قاضيا ، والقاضي اذا فسق ينعزل .

وقال[3] عامة المشايخ : اذا قلد[4] القضاء يصير قاضيا ، واذا فســق لا ينعزل ، لكن يستحق العزل .

وقال الشيخ الامام اسماعيل الزاهد[5] :

---

(١) الزيادة من ص وليست في الاصل ولا في النسخ الاخرى ولا يستقيم الكلام بدونها .

(٢) ل : فانه لا يصير .

(٣) ف ج ك : وقال جماعة المشايخ . س : وقال عامة العلماء المشايخ .

(٤) ف ج ب : اذا قلد يصير .

(٥) الشيخ الامام اسماعيل الزاهد : هو اسماعيل بن علي بن الحسين بن محمد بن الحسن بن زنجويه الرازي ابو سعد السمان الحافظ الزاهد المعتزلي ، الامام الزاهد ، كان الى فقهه واحاطته بمذهب ابي حنيفة عالما بالقراءات والحديث ومعرفة الرجال والانساب والفرائض والحساب والشروط ، وكان يذهب مذهب الحسن البصري ومذهب الشيخ ابي هاشم ، واشتهد بالزهـد والورع تـوفي بالري سنة خمس واربعين واربعمائـة انظر الجواهر المضية : ١٥٦/١ ـ ١٥٧ رقم ٣٤٦ ، تذكـــرة الحفـــاظ

انى احفظ عن[1] اصحابنا المتقدمين رواية عـن ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد رحمهم الله أن[2] القاضي اذا فسق ينعزل ، لكنى ادع هذه الرواية ، ولا اخالف اصحابي ، وأقول بعزله[3] ، لكن ما لم يعزل[4] فهو قاض •

ومنهم من فصل فقال : اذا قلد الفاسق يصير قاضيا ، واذا قلد العدل ثم فسق ينعزل •

ومنهم من قال : ان كان القاضي مرتزقـا من بيت المـال[5] ينعزل بالفسق ، وان لم يكن مرتزقا من بيت المال لا ينعزل ، لكن يعزل •

والصحيح ما عليه عامة المشايخ : انه يصير قاضيا ، واذا فسق[6] لا ينعزل ؛ وكذا اذا ارتشى لا ينعزل ، وينفذ قضاؤه الا فيما ارتشى ، فانه

=

١١٢١/٣ ـ ١١٢٣ رقم ١٠٠٧ ، لسان الميزان : ٣٢١/١ ـ ٣٢٢ رقم ١٣١٥ وفيه ان له تفسيرا يقع في عشر مجلدات شذرات الذهب : ٢٧٣/٣، طبقات المفسرين للداوودى : ١٠٩/١ ـ ١١٠ رقم ١٠٢ ، وفيه مصادر ، والعبر : ٢٠٩/٣ ، طبقات الحفاظ للسيوطى : ص ٤٣٠ رقم ٩٧٤ وفيه مصادر وفيه انه توفي سنة ثلاث واربعين واربعمائة •

(١) ك ل ص : من وفي س : من المتقدمين وابى حنيفة وابى يوسف ومحمد رضى الله عنهم رواية ان الفاسق اذا فسق •••

(٢) ف ج م : في الفاسق ان القاضي • س : ان الفاسق اذا فسق•

(٣) ك هـ : يعزل • ل س : ينعزل •

(٤) ص : يعزله •

(٥) س : من بيت المال فيعزل ، وينعزل بالفسق •

(٦) ف ج م : واذا فسق ينعزل (بسقوط لا) •

لا ينفذ حكمه[1] فيه ؛ لما قلنا انه مستأجر على القضاء ، والاستئجار على القضاء لا يجوز •

[٦٦٠] قال :

ولو ان امرأة استقضيت ، فقضت بقضايا[2] ، جاز حكمها فى كل شىء حكمت به الا فى الحدود والقصاص •

لأنها ليست من أهل الشهادة في الحدود ، والقصاص [١٥٤ آ] فلا تكون من أهل القضاء فى الحدود والقصاص[3] ، فبنى صاحب الكتاب القضاء على الشهادة[4] •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

(١) ب : لا ينفذ قضاؤه

(٢) س : بقضاء •

(٣) قوله : (لا نها ليست من أهل الشهادة فى الحدود والقصاص فلا تكون من اهل القضاء فى الحدود والقصاص) ليس فى نسخة ص •

(٤) سيذكر الشارح هذه المسألة مرة اخرى وذلك في نهاية الباب السادس والاربعين (انظر الفقرة ٦٧٠) •

الباب الرابع والاربعون

في موت الخليفة وله قضاة أو عزل[1] قاضية

[٦٦١] قال :

ولو أن خليفة[2] مات ، او خلع ، وولي غيره ، بأن أجمع الناس على خلعه والاستبدال به ، وللميت ، او للمخلوع قضاة قد كان ولاهم ، فان[3] القضاة على حالهم ، احكامهم نافذة على[4] ما كانت ، وامورهم جائزة .

قال صاحب الكتاب : لأنهم قوام المسلمين ، جعلوا[5] لمصالحهم ، وليسوا هم ولاة له فى شيء [في][6] خاص أمره .

يريد به أن القضاة يعملون للمسلين ، لا يعملون له ، والخليفة نائب عن المسلمين في تقليد هؤلاء ، والمسلمون على حالهم ، فلا ينعزل القاضي بموت النائب[7] .

وكذلك والي مدينة لو مات وله عمال لا ينعزلون حتى يستبدلوا .

---

(١) ك هـ : باب موت الخليفة وله قضاة او عزل له قاضيا وقوله او عزل قاضيا ليس فى س . وفى ل : او عزل وله قضاة .

(٢) ص : وان رجلا مات (كذا) .

(٣) س ل : فان قضاته .

(٤) س : كما كانت . ص : على ما كان .

(٥) ص : جعلوا المصالح لهم (وهو وهم) .

(٦) الزيادة من ل وفي ص هـ : في شيء خاص يريد به ... وقد سقط قوله (فى خاص امره) من ف ج م .

(٧) ف ج هـ : بموت الخليفة .

لانهم نصبوا لمصالح أهل المدينة[1] ، فكان نائبا عنهم •

وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر[2] شيئاً من الوقف ثم مات ، لا تبطل الاجارة •

لأن القيم نائب عن الاوقاف ، والاوقاف على حالها ، فلا يبطل العقد بموت النائب •

[٦٦٢] قال :

ولو أن الخليفة عزل قاضيا من قضاته ، فقضى ذلك الرجل[3] بقضايا[4] قبل أن يصل اليه[5] كتاب عزله ، كان قضاؤه نافذا ماضيا ، وله أن يحكم الى ان يصل اليه كتاب عزله ، او يقدم قاض مكانه •

لأن الخطاب من الشرع انما يثبت حكمه فى حق المخاطب[6] اذا بلغه •

اصله قضية[7] أهل قباء[8] •

---

(١) من قوله : لو مات وله عمال لا ينعزلون ... الى هنا ليس فى ج •

(٢) ف ج : استأجر •

(٣) س : ذلك القاضي •

(٤) قوله (بقضايا) ليس في ص •

(٥) س : قبل ان يصل اليه خبر العزل •

(٦) ف ج : الخطاب •

(٧) ص ك ب : قصة •

(٨) قوله : اصله قضية أهل قباء يشير الى تحويل القبلة الذى اخرجه البخارى ومسلم عن مالك عن عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر قال بينما الناس في صلاة الصبح بقباء اذ جاءهم آت فقال: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انزل عليه الليلة وقد امر ان يستقبل الكعبة فاستقبلوها =

فكذا الخطاب من العبد[1] ، مالم يبلغ لا ينعزل ، والبلوغ بالعلم .

وكذلك على هذا اذا عزل[2] الوكيل ، او حجر على عبده المأذون لا ينعزل الوكيل والعبد قبل العلم .

واستشهد صاحب الكتاب بالامام الذى يجمع بالناس فانه قال : الا ترى أن والي الصلاة اذا عزل فلم يقدم وال[3] مكانه فانه يجمع[4] بالناس الى ان يقدم الوالي عليه .

كذا استشهد .

وفي مسألة الاستشهاد ، وان علم [١٥٤ب] لا ينعزل مالم يقدم عليه وال[5] آخر .

واختلف المتأخرون [فيه][6] :

منهم من قال : بان في القاضي وان علم بعزله لا ينعزل مالم يقدم قاض آخر .

=

وكانت وجوههم لى الشام فاستداروا الى الكعبة انظر صحيح البخارى ـ باب ما جاء فى القبلة : ٥٧/١ ، صحيح مسلم ـ المساجد : ٣٧٥/١ رقم ٥٢٦ وبتسلسل ١٣ من احاديث المساجد وانظر نصب الراية : ٣٠٥/١ والدراية ١٢٥/١ رقم ١٣٧ .

(١) ص : فكذا الخطاب مع البعد .

(٢) س : عزل الرجل وكيله .

(٣) ب : وال الى مكانه .

(٤) العبارة مبتدئة بقوله : فانه قال الا ترى ان والي الصلاة ... الى هنا ليس فى ص .

(٥) س : وال غيره . ف ج م : ما لم يقدم عليه آخر .

(٦) الزيادة من ل ص ب س .

لكن هذا خلاف ما نص عليه صاحب الكتاب ، فانه قال : وله ان يحكم الى أن يصل اليه كتاب عزله ، او يقدم قاض[1] مكانه .

ومنهم من فرق .

ووجه الفرق : ان الجمعة موقتة ، فلو لم يجمع[2] بالناس بعد العلم تفوتهم الجمعة . فأما في القاضي فليس ههنا شيء موقت يفوت بفوات الوقت .

فاذا علم بعزله بكتاب او بخبر[3] ينعزل .

ومنهم من[4] فرق فقال :

هذا شيء ينبني على المنشور ؟ فان كان في منشور القاضي الثاني : فاذا أتاك كتابي فقد[5] عزلتك ، لا ينعزل الاول ما لم يقدم الثاني ويصل اليه الكتاب .

لأن العزل معلق بشرط ، فما لم يوجد الشرط لا يثبت العزل .

وان كان المكتوب في المنشور : انا كنا[6] عزلناك ، فمتى علم بعزل نفسه ينعزل .

والله اعلم بالصواب

* * *

---

(١) ص : قاض آخر مكانه .

(٢) ص : موقتة فلم يجمع .

(٣) س : مخبر .

(٤) س : ومنهم من قال .

(٥) ف ج : فقدم .

(٦) س : انا عزلتك . ص ل : انا عزلناك .

الباب الخامس والاربعون

في الخوارج يولـون قاضياً

[٦٦٣] ولو أن[١] قوماً من الخوارج او اهل التأويل غلبوا على مدينة، أو مصر من أمصار المسلمين ، حتى نفذت امورهم ، وجازت احكامهم في البلدة ، ثم ولو اقاضيا ، فهذا على وجهين :

اما ان ولوا قاضيا من الخوارج •

او من أهل العدل •

ففي الوجه الاول لا ينفذ شيء من قضاياه ، حتى لو رفع[٢] ذلك الى قاض آخر من أهل العدل ابطله[٣] •

لأن ما يفعله قاضي الخوارج وأهل التـأويل لا يفعله على وجـه الحكم ، وانما يفعله على وجه الاستحلال ؛ فانهم يستحلون دماءنا وأموالنا ، فلم يكن ذلك على وجه الحكم ، فلا ينفذ ، وان كان موافقا للشريعة •

وكذلك لو كتب هذا القاضي الى قاضى[٤] أهل السنة والجماعة في حق لرجل على رجل ، فانه لا يقضى به[٥] •

لأنه لو قضى بنفسه لا ينفذ[٦] ، فأولى أن لا يقضى بكتابه •

---

(١) س : ولو ان قاضيا •

(٢) ص : لو رفع الى قاض آخر • س : رفع قضاءه •

(٣) س : فانه يبطله •

(٤) س : قاضي اهل الجماعة •

(٥) ص : به عليه •

(٦)) س : لا ينفذه كذا ارى ان لا يقضى بكتابه • ل : لا ينفذ فلأن لا يقضى بكتابه كان بطريق الاولى •

وفي الوجه الثاني ينفذ[1] قضاؤه [١٥٥ آ] حتى لو ظهر[2] أهل العدل فرفع الى[3] قاضي أهل العدل ينفذه[4] ٠

لأن ما يفعله يفعله على وجه الحكم ؛ ألا انه انما يتقوى[5] على تنفيذ الحكم بالخوارج ، وحكم القاضي [ينفذ][6] سواء كان تنفيذه[7] بقوة أهل العدل ، او بقوة أهل الظلم ٠

[٦٦٤] قال :

ولا ينبغي[8] لهذا القاضي ان يقضي بينهم الا بالحق عنده[9] ٠

لان القضاء بغير الحق ليس بقضاء ٠

وسيأتي بعض هذه المسائل في السير الصغير في باب الخوارج ٠

[٦٦٥] قال :

ولا ينبغي له ان يقضي لانسان بشهادة الخوارج ٠

لأنه لا يجوز قضاؤهم ، فلا تجوز شهادتهم ٠

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) س : ينفذ كتابه وقضاؤه ٠

(٢) ص : ظهر عليهم أهل ٠

(٣) س : اليه قاضي اهل العدل ٠

(٤) ل ب : نفذه ٠

(٥) س : يقوى ٠ ل : تقوى ٠ ف ج : انه بها تقوى الله ٠

(٦) الزيادة من س ل هـ ص ب ٠

(٧) ل : ينفذه ٠

(٨) ب : ولا ينبغي للقاضي ٠

(٩) قول (عنده) ليس في ص ٠

الباب الساس والاربعون
في القاضي يستخلف رجلا وما[1] يجوز له من ذلـك

[٦٦٦] قال :

ولو ان قاضيا استخلف رجلا ، فقضى بين الناس ، لم يجز ذلك .

لأن الخليفة انما فوض التصرف اليه برأيه لا برأي غيره ، فلا يكون له أن يستخلف ؛ كالوكيل بالبيع اذا وكل[2] رجلا آخر ، لا يجوز هذا التوكيل .

فان كان الخليفة أمر القاضي ان يستخلف خليفة بحكم ، وأمر القاضي رجلا أن يحكم[3] بين الناس فذلك جائز .

لأنه فوض التصرف اليه على العموم ، فكان له ان يستخلف ؛ كالموكل اذا قال للوكيل : ما صنعت من شيء فهو جائز ، يجوز له ان يوكـل ؛ لما قلنا .

[٦٦٧] قال :

ولو أن الخليفة أمر القاضي ان يستخلف رجلا يسمع من الخصوم ، ويثبتوا عنده[4] البينة ، ويكتب الاقرار ، ولا يقطع حكما ، فأمر القاضي رجلا يقوم بذلك لا يجاوز[5] ذلـك ، فان لهذا الرجـل أن يسمع من

---

(١) ل ك : باب القاضي ... وما لا يجوز له من ذلك . س : في القاضي يستخلف رجلا يجوز له من ذلك .

(٢) ب : اذا وكل آخر .

(٣) ب : رجلا يحكم (بسقوط أن) .

(٤) ف : عنه .

(٥) س : لا يتجاوز .

الشهود ، ويكتب اقرار من أقر عنده ، ويسأل عن الشهود ، ثم ينهى ذلك الى القاضي ، فيكون القاضي هو الذى يحكم ، بعد ان يعرف صحة ذلك .

لأن الخليفة لو أمر القاضي بنفسه ان يسمع البينة ، ويكتب الاقرار ، ولا يحكم ، بل يرفع الأمر الى الخليفة ، حتى يقضي به الخليفة ، كان صحيحاً ، ويتقيد[1] الأمر بهذه الصفة ، ولا يكون له ان يقضى .

فاذا كان هو [١٥٥ب] بنفسه لو سمع البينة لا يقضي اذا كان أمر الخليفة[2] بهذه الصفة ، فكذا فى حق[3] الخليفة ، لا يقضى لكن يرفع الامر الى القاضي .

فاذا رفع فالقاضي لا يقضى[4] بتلك البينة ، لكن يأمر أن يدعو[5] بالمدعي ، وبالمدعى عليه ، وبالشهود ، فيعيدوا الشهادة عليه ، بحضرة[6] المدعى والمدعى عليه .

فاذا صحت الشهادة عنده قضى[7] بتلك الشهادة .

وهذا فصل غفل الناس عنه ؛ فان نائب القاضي يسمع البينة ، ويكتب الاقرار ، ويبعث الى القاضي ، والقاضي يقضى بذلك .

ولا ينبغي له أن يقضى بتلك البينة ، بل عليه ان يكلفه اعادة البينة بين يديه .

وهذا ، لأن الخليفة هو الذى سمع البينة ، ومع هذا لم يكن له

---

(١) ف ج ل : وينفذ الامر عنده بهذه . هـ : وتنفيذ ..

(٢) ص : امر الخليفة اى خليفة القاضي بهذه الصفة .

(٣) س : في حق نائبه .

(٤) ص : لا يقضى عليه بحضرة المدعى والمدعى عليه بتلك البينة لكن يأمر .

(٥) ف ج : يدعو بالمدعى عليه .

(٦) س : بمحضر من المدعي .

(٧) ف ج ك : يقضى .

أن يقضي .

فاذا كان من يسمع البينة(١) لا يستفيد ولاية الحكم بتلك البينة ، فمن لم يسمع كيف يستفيد . فيكلفهم اعادة البينة عنده ، وكذلك الاقرار بحضرة المقر والمقر له ، حتى يقر عنده بالحق ، ثم يحكم به بعد ذلك .

[٦٦٨] قال :

وان كان الشهود شهدوا عند خليفته(٢) بالحق للمدعي ، ثم ماتوا بعد ذلك ، أو غابوا ، فأعلمه خليفته(٣) انهم شهدوا عنده على كذا وكذا ، لم يقبل ذلك ، ولم يحكم به ، حتى يعيدوا الشهادة عنده .

وكذا الاقرار ؛ ان كان المدعى عليه قبله(٤) أقر بشيء عند خليفته ، ثم جحد بعد ذلك ، فاخبره خليفته انه اقر لهذا بكذا وكذا ، وهو يجحد ذلك ، لم يقبل القاضي ذلك .

لأن من سمع هذه البينة وهذا الاقرار لم يستفد ولاية الحكم بتلك البينة وبذلك الاقرار ، فمن لم يسمع كان أولى . الا أن يأتي خليفته فيشهد على اقراره ، ويشهد معه غيره ، فيقبل ذلك على طريق الشهادة .

لأنه لو شهد على اقراره غير(٥) خليفته مع شاهد آخر تقبل ، فخليفته أولى .

---

(١) س : فاذا كان من يسمع البينة ليس له أن يقضي فمن لم يسمعها كيف يستفيد ولاية القضاء بتلك البينة .

(٢) م ف ج : خليفة .

(٣) م ف ج خليفة .

(٤) قوله (قبله) ليس في ف ج هـ ص .

(٥) ف ج هـ م : عند خليفته (وهو تصحيف) .

[٦٦٩] قال :

ولو أن قاضيا استخلف رجلا ، ولم يجعل الامام ذلك اليه ، فحكم خليفة القاضي بشيء ، لم يجز ذلك ؛ لما قلنا ، فان أجازه القاضي وانفذه فهذا على وجهين :

اما أن يكون الخليفة من [١٥٦آ] أهل القضاء .

أو لم يكن ؛ بأن كان عبدا ، او ذميا ، او صبيا ، او مجنونا .

ففي الوجه الاول : جاز عندنا .

وعند زفر : لا يجوز .

وهذا بناء على أن الوكيل اذا وكل غيره بالتصرف ، ولم يكن مأذونا فيه ، فتصرف الوكيل الثاني ، فرفع الى الاول ، واجاز[١] الاول ، جاز عندنا ، وعند زفر لا يجوز ، فكذا هذا .

وفي الوجه الثاني : لا يجوز

لأن في الوجه الثاني لو أجاز شهادة هؤلاء[٢] لا تجوز فالقضاء اولى .

[٦٧٠] قال :

ولو أن المرأة[٣] استقضيت ، فحكمت باشياء جاز حكمها فى كل شيء حكمت به الا فى الحدود والقصاص .

اعتبارا[٤] للقضاء بالشهادة[٥] .

والله اعلم

---

(١) س : فان اجاز الاول .

(٢) ف ج : شهادتهما . هـ : لو اجاز شهادة هؤلاء يجوز .

(٣) ص : ولو أن امرأة .

(٤) ص : اعتبارا للفظ الشهادة (وهو تصحيف) .

(٥) كرر الشارح هذه المسألة هنا مرة ثانية بعد او ذكرها في نهاية الباب الثالث والاربعين . (انظر الفقرة ٦٦٠) .

الباب السابع والاربعون

في القاضي يعزل فيطالب بشيء مما كان[1] فعله

[٦٧١] قال :

ولو أن قاضيا عزل عن القضاء ، فقدمه رجل الى القاضي الذى ولى بعده ، فقال : ان هذا قتل ابنى[2] فلانا وهو قاض او فعل به ما ذكر في الكتاب ، وانه فعل ذلك ظلما ، وقال القاضي المعزول : انما قضيت[3] له ببينة قامت عندي على ذلك ، او اقرار وجد من الخصم ، فان القول في ذلك كله قول القاضي ، ولا ضمان على القاضي ، ولا يمين عليه .

اما لا ضمان عليه فلوجهين[4] :

احدهما : أن القاضي اضاف فعله الى حالة معهودة تنافي تلك الحالة وجوب الضمان[5] ، فيكون هذا انكارا للضمان اصلا[6] ، فيكون القول قوله ؛ كالصبي اذا قال : طلقت امرأتي ، او اعتقت عبدي في حالة الصبا ، يقبل قوله ، ولا يقع الطلاق والعتاق ، كذا هنا .

---

(١) ب : مما كان قبله .

(٢) ف ج ك : ابي .

(٣) ب : قضيت ببينة .

(٤) ك ف ج : لوجهين .

(٥) ص : وجوب الضمان على القاضي فيكون هذا .

(٦) ب : فيكون هذا انكارا للضمان اصلا او يقول لم يحمد شهودك عندي لان هذا اقرب الى الستر والستر على المسلم واجب بقدر الامكان .. ثم يبدأ بذكر ما سقط من الفقرة ٥٦٤ وما بعدها التى مرت فى هذا الجزء الى قوله في الفقرة ٥٨٦ : ولو ثبتت عدالة الشهود وقضى القاضي ثم عادت النسخة الى هذا الموضوع فقالت بعد ذلك مباشرة فيكون القول قولـــه كالصبي اذا قال طلقت امرأتى او اعتقت عبدى ... وهو الموجود هنا .

والثاني : أن القاضي أمين ، ومن ضرورة كونه أمينا أن يكون قوله مقبولا •

واما لا يمين عليه فلأنهما[1] اتفقا انه فعل وهو قاض ، فصار الثابت باتفاقهما كالثابت معاينة •

ولو عاينا انه فعل وهو قاض ، وادعى انه فعله بحق كان القول قوله ، ولا يمين عليه ، فكذا اذا ثبت ذلك باتفاقهما •

[٦٧٢] قال :

وكذلك لو حضر [القاضي][2] الذي قال القاضي : اني حكمت له[3] بالمال فقال : ما حكمت لي على هذا بشيء او قال : ما اقر [١٥٦ب] هذا لي عندك بشيء ، او قال : ما أقمت عليه بينة عندك ، ولا دفعت الي شيئاً ، ولا أخذت من هذا شيئاً ، فالقول قول القاضي ، ولا ضمان عليه •

لما قلنا من هذين الوجهين •

وهذا كله اذا كان ذلك الشيء مستهلكا •

فان كان قائماً في يد المقضى له ، فقال المقضى عليه ان القاضي المعزول ، اخذ هذا مني بغير حق ، ودفعه الى هذا الآخر ، وقال القاضي المعزول : بل فعلت ذلك ببينة قامت عندي على ذلك ، او باقرارك ، لا ضمان على القاضي المعزول بكل حال •

لما قلنا من الوجهين •

وهل ينتزع[4] من يد المقضى له ؟ فهو على وجهين :

---

(١) ك ف ج : لانهما •

(٢) الزيادة من ص •

(٣) س : حكمت له بذلك فقال •

(٤) ص : ينزع •

اما ان صدق المقضى له القاضى المعزول في ما يقول •

او كذب ، ويقول : المال مالي ، لم آخذه من هذا ولا حكم لي بـه هذا القاضي المعزول[1] على هذا الرجل •

ففي الوجه الاول : ينزع من يده ، ويدفع الى المقضي عليه ، حتى يقيم المقضي له بينة تشهد أن القاضي المعزول ، كان حكم له بذلك ؛ لانهم تصادقوا أن العين[2] وصل الى يده من يـد المقضى عليه ، وان اليد كانت له[3] ، ثم المقضى له ادعى التملك[4] ، وهو ينكر ، فيؤمر بالتسليم اليه ، حتى يقيم[5] البينة على ما يدعي •

وقول القاضي المعزول فى الحال مقبول ، في[6] دفع الضمان عـن نفسه ، لا في الزام[7] الحكم على الغير •

وفي الوجه الثاني : القول قول صاحب اليد ؛ لأن المال فى يده ، واليد دليل الملك ، حتى يقوم الدليل على غير ذلك •

[٦٧٣] قال :

وما حكم به القاضى فاخطأ فيه فهو على وجهين :

اما أن ظهر خطؤه فى حقوق الله تعالى ؛ بأن قضى فى حد الزنى[8] ،

---

(١) من قوله : فى ما يقول او كذب ••• الى هنا ليس في ج •

(٢) س : ان العبد • ب : تصادقوا على ان المدعى •

(٣) س : كانت عليه •

(٤) ف ج ك هـ م : التمليك •

(٥) ص س ل م ب : تقوم •

(٦) ف ج م : وفى •

(٧) ف ج م : التزام •

(٨) س : في حد الزنى وشرب الخمر •

والسرقة ، وشرب الخمر ، وما أشبه ذلك ، ثم ظهر[1] أن الشهود عبيد .
أو ظهر خطؤه في حقوق العباد .

ففي الوجه الاول : كان[2] ضمان ذلك في بيت المال .

لأن القاضي عامل لجماعة المسلمين ، فان منفعة استيفاء الحدود لجماعة المسلمين .

فاذا ظهر الخطأ كان الضمان على المسلمين ، وبيت المال مال المسلمين ، فيكون الضمان واجبا فيه .

وفي الوجه الثاني : المسألة على [١٥٧آ] وجهين :

اما ان كان خطأ يمكن رده ؛ بان قضى بمال ، او بضيعة ، او بدار ، او بطلاق ، او بعتاق[3] ، ثم ظهر أن الشهود عبيد ، او محدودون في قذف[4] .

او [خطأ][5] لا يمكن رده ؛ بأن قضى بالقصاص ، واستوفى القصاص ، ثم ظهر ان الشهود عبيد[6] ، او محدودون في القذف[7] .

ففي الوجه الاول من هذا الوجه : يؤخذ ذلك من المقضى له ، ويرد الى المقضى عليه .

---

(١) ف ج : بان ظهر .

(٢) س : يكون ضمان ذلك .

(٣) ف ج ل ص هـ : او عتاق .

(٤) ف ج م ك : بالقذف .

(٥) الزيادة من ف ج م .

(٦) ص : عبيد او من أهل الذمة او محدودون .

(٧) من قوله : بان قضى بالقصاص واستوفى ... الى هنا ليس في ف ج .

وفي الوجه الثاني من هذا الوجه[1] : تجب الدية[2] على المقضي له في ماله[3] ؛ لأن القاضي عامل للمقضى له ، فكان غنم القضاء له ، فيكون الغرم[4] عليه ؛ لأن الغرم يقابل الغنم .

وهذا كله اذا اخطأ القاضي .

فأما اذا تعمد ، وأقر أنه تعمد ، كان الضمان عليه ؛ لانه أقر بالجناية[5] ، وجناية القاضي تكون سببا لوجوب الضمان عليه ، ويصير به فاسقا ، فيعزل[6] ان أقر به وهو قاض .

وكذلك القاضي اذا أقر أنه قضى على هذا الرجل بقضية جورا ، او أقر بأخذ رشوة[7] في الحكم ، فان أقر وهو قاض يغرم[8] ويصير[9] فاسقا ، فيعزل ، ولا ينقض[10] تلك القضية ؛[لأنه لا يصدق على ذلك .

وان أقر وهو معزول يغرم ، ويصير فاسقاً ، ولا ينقض[11] تلك

---

(١) ص : من هذين الوجهين الاخرين تجب الدية ، ومن قوله يؤخذ ذلك من المقضى له ... الى هنا ليس فى ل .

(٢) هـ : يجب الرد .

(٣) ف : في مسالة .

(٤) ف ج م : المغرم . س : عليه غرمه .

(٥) ل : بالخيانة وخيانة القاضي ...

(٦) قوله (فيعزل) ليس فى ب .

(٧) ب ف ج هـ : اقر برشوة .

(٨) ل : فانه يغرم .

(٩) ب ل : وصار .

(١٠) ل : ولا تنتقض .

(١١) ص ل : ولا تنتقض .

القضية][1] .

لما قلنا .

[لأنه لا يصدق فى ابطال حق المقضى له][2] .

والله اعلم بالصواب

* * *

---

(1) ما بين المكفين سقط من الاصل ك ومن ج .

(2) الزيادة من ص فقط .

الباب الثامن والاربعون

في القاضي يقضي بالقضاء[1] ثم يرى بعد ذلــك خلافه

[٦٧٤] ذكر عن الشعبي ، قال :

كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بغير الذى قضى ، فلا يرد قضاءه ، ويستأنف[2] .

في الحديث دليل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مثل[3] هذا كان لا ينتظر الوحي ، لكن يقضى برأيه فيصير ذلك شريعة[4] . فاذا نزل القرآن[5] بخلافه يصير ناسخاً لتلك[6] الشريعة ، فكان يعمل بالناسخ في المستقبل .

فهذا دليل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد فى حادثة ليس فيهـــا كتاب ولا سنة ، ثم تحول عن رأيه فانه يقضي فى المستقبل بما هو أحسن

---

(١) س : بقضاء ثم يقضى . هـ : يقضى ثم يرى .

(٢) حديث الشعبي : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى بالقضاء ثم ينزل القرآن بغير الذى قضى فلا يرد قضاءه ويستأنف مر ذكره فى الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٢٤١ ضمن الفقرة ١٠٦ وتعليقاتها .

(٣) س : في مثل هذا يقضى ولا ينتظر . هـ : كان فى مثل هذا لا ينتظر .

(٤) فى حاشية ف ما نصه : وعدم انتظاره الوحي دليل على حجية القياس فيكون صلى الله عليه وسلم قائســـا ، ولاجـل ذلـك صـــار شريعة .

(٥) ب : فاذا نزل القرآن يصير .

(٦) س : تلك .

عنده ولا ينقض ذلك القضاء الذى كان منه ، برأيه الاول ٠

لأن حدوث الرأي الثاني بمقابلة الرأى الاول [١٥٧ب] دون نزول القرآن فى مقابلة الاجتهاد بالرأي ، وثمة لم[١] ينقض الذى قضى بالراي بالقرآن الذى نزل بعده[٢] ، فهاهنا اولى ٠

فرق بين هذا وبين القاضي اذا قضى باجتهاد[٣] في حادثة ، ثم تبين النص بخلاف ذلك ، فانه ينقض ذلك القضاء ٠ ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده[٤] في حادثة ، ونزل القرآن بخلافه ، ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول ٠

والفرق أن القاضى حال ما قضى باجتهاده ، فالنص الذى هو مخالف لاجتهاده[٥] موجود ، الا أنه خفي عليه فكان الاجتهاد فى محل النص ، فلم يصح ٠

فأما في حق النبي صلى الله عليه وسلم فحال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد فى محل لا نص فيه ، فصح[٦] ، وصار ذلك شريعة ، فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة ٠

والى هذا الفرق[٧] أشار ابو يوسف رحمه الله فى حديث شريح بعد هذا ٠

[٦٧٥] وذكر عن شريح : انه كان يقضى بالقضاء ، ثم يرجع عنه ،

---

(١) س : لا ٠

(٢) س : بعده فى مقابلة الاجتهاد فهاهنا ٠٠٠

(٣) هـ : باجتهاد او حادثة ٠

(٤) س : بالاجتهاد ٠

(٥) ج : للاجتهاد ٠

(٦) ص : فيصح ٠

(٧) ص : القرآن (وهو تصحيف) ٠

فيقضي بخلافه ، فلا يرد[1] ما قضى به[2] .

وانما ذكر[3] حديث شريح ؛ لأنه كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما ، فما فعل[4] فالظاهر انه فعله[5] سماعاً منهما .

[٦٧٦] قال :

واذا قضى القاضي في حادثة اختلف فيها الفقهاء ، وله مذهب فيها ، لكنه نسـي مذهب نفسه ، وقضى بمذهب بعض الفقهاء ، قال ابو حنيفة الله : ينفذ القضاء .

وقال[6] ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا ينفد .

ذكر صاحب الكتاب قول ابي يوسف وحده .

وذكر القاضي الامام ابو الحسن علي بن الحسين السغدي ، والشيخ

---

(١) هـ : فلم يرد .

(٢) حديث شريح انه كان يقضي بالقضاء ثم يرجع عنه فيقضي بخلافه فلا يرد ما قضى به تجده في المبسوط : ١٦/٨٥ ، وروى وكيع قال حدثنا محمد بن الوليد البسري قال حدثنا محمد بن جعفر بن غندر قال : حدثنا شعبة عن الحكم عن ابراهيم ان شريحا لم يكن يرجع عن قضاء ختى حدثه الاسود ان عمر قضى في عبد كانت تحته حرة فولدت له اولادا ثم ان العبد اعتق قال : الولاء لعصبة امهم فاخذه شريح (اخبار القضاة ٢/٢٨٣) وروى عبدالرزاق عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال سمعت شريحا يقول اني لا أرد قضاء كان قبلي (المصنف : ٨/٣٠٢ رقم ١٥٢٩٧) وهو ما رواه وكيع (اخبار القضاة : ٢/٣٥٨) وتجد نماذج من قضاياه التي رجع عنها ولم يرد ما قضى به في (اخبار القضاة : ٢/٢١٢ ، ٢١٣ - ٢١٤) .

(٣) س : وانما ذكر عن شريح .

(٤) س : فعله فالظاهر انه بسماع منهما بسماع من النبي صلى الله عليه وسلم .

(٥) ب ص : فعل .

(٦) ص : وقالا لا ينفذ .

الامام شمس الائمة السرخسي فی شرح هذا الكتاب ، قول محمد مع[1] قول ابي يوسف ٠

وجعل القاضي الامام ابو الحسن هذه المسألة فرعاً لمسألة أخرى ذكرناها فی الباب الرابع وهی[2] ان القاضی اذا كان عالماً بمذهب نفسه وقضى بمذهب بعض الفقهاء ، فعلی[3] قول ابي حنيفة رحمه الله ينفذ[4] ، وعلى قولهما لا [ينفذ][5] ٠

وبيان مسألة الكتاب [١٥٨آ] فيمن قال لامرأته : انت خليّة ، أو برية ، او بائن ، والقاضی ممن يرى أن ينوي في ذلك كما هو مذهبنا فجعلها ثلاثا ، وأبانها منه ، ثم تبين له مذهبه قال ابو حنيفة رحمه الله يمضي ذلك القضاء ٠

وقال[6] ابو يوسف ومحمد : لا يمضي[7] والزوج خاطب ٠

وهما يقولان : انه قضى بما هو باطل[8] عنده ، فلا ينفذ ؛ كالمتوضیء اذا اقتدى بالمتيمم ، ثم راى الماء في خلال الصلاة ، فسد اقتداؤه ؛ لأن عنده أن الامام على الخطأ ٠

وكذلك المقتدي اذا رأى على ثوب الامام نجاسة اكثر من قدر

---

(١) ص : مع ابي يوسف ٠

(٢) ك ف ج م : وهو ٠

(٣) ك ف ج م : على ٠

(٤) س : نفذ قضاؤه ٠

(٥) الزيادة من ل ٠

(٦) ص : وقالا لا يمضي ٠

(٧) ب : انه لا يمضي ٠

(٨) ب : بما هو باطل فلا ٠٠٠

الدرهم .

وكذلك المقتدي اذا ظن على ثوب الامام نجاسة ولم تكن .

وكذلك ان كان على الامام فائتة حديثة لا يتذكرها[1] والمقتدي يتذكرها .

فدل ان العبرة لما عنده .

وابو حنيفة رحمه الله يقول بأن هذا القضاء حصل[2] في محل الاجتهاد فوجب أن ينفذ .

وهذا لأن الحادثة اذا كانت مختلفة بين الصحابة[3] ، والصواب لا يعدوهم ، بل بينهم ، لكن كل واحد منهم يرجح الصواب في رأي نفسه ، ولا يقطع القول[4] بأن ما ادى اليه اجتهاد صاحبه خطأ ، بل يعتقد رجحان جانب الصواب في اجتهاده ، فلا يتبين ان قضاءه ذلك خطأ بيقين ؛ فلا يكون مردودا .

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) س ل : لا يذكرها والمقتدي يذكرها . ب هـ: لا يتذكر والمقتدي يتذكر .

(٢) س : جعل .

(٣) ب : بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٤) ص : ولا يقطع القول بيقين لان ما ادى .

الباب التاسع والاربعون

في ما يحله قضاء القاضي وما لا يحله

[٦٧٧] ذكر عن ام[١] سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسم قال :

« انكم تختصمون[٢] لدي ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وانما انا بشر مثلكم ، فمن قضيت له من مال اخيه شيئاً[٣] بغير حق ، فانما اقطع[٤] له قطعة من النار »[٥] .

---

(١) ص : عن ابي سلمة (وهو سهو) .

(٢) س : لتختصمون .

(٣) س : بشيء .

(٤) ل : اقتطع .

(٥) حديث ام سلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « انكم تختصمون لدي ... » الى آخر الحديث رواه الستة والامام مالك والشافعي والبيهقي عنها في حديث صحيح :

فقد رواه الامام مالك باسناده عنها وهو عنده بلفظ « فاقضي له على نحو ما اسمع منه ... فلا يأخذن منه شيئاً ... » (موطأ مالك ـ الاقضية في صلب تنوير الحوالك : ٢/١٠٦ ـ ١٠٧ وفي صلب شرح الزرقاني على الموطأ : ٤/٣٦٩) .

ورواه الامام الشافعي عن مالك في الام (٧/٩) وهو فيه بلفظ « على نحو ما اسمع منه ... فلا يأخذنه فانما .. » وانظر المسند (بهامش الام: ٦/١٥٦ ـ ١٥٧) وتجده في المختصر (بهامش الام : ٥/٢٤٧ ـ ٢٤٨) . ورواه البخاري في الشهادات(صحيح البخاري:٢/٧٢)وفي الحيل(الصحيح ٤/١٣٨)وفي الاحكام(الصحيح:٤/١٦٣) .ورواه الامام مسلم في الاقضية(صحيح =

دل الحديث على ان قضاء القاضي يكون اظهارا لما كان ، ولا يكون انشاء لأمر لم يكن ، فيكون حجة لابي يوسف [في قوله][1] الآخر ومحمد على ابي حنيفة وابى يوسف [في قوله][2] الاول .

وابو حنيفة وابو يوسف فى قوله الاول يقولان : انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فى الأملاك المرسلة .

وعندي قضاء القاضى فى الاملاك المرسلة لا ينفذ اذا وقع خطأ .

[٦٧٨] ذكر عن ابى هريرة [١٥٨ب] رضى الله عنه انه قال :

اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم رجلان احدهما عالم بالخصومة والآخر[3] جاهل بها ، فلم يلبث[4] العالم أن قضى له ، فقام المقضي له ،

=

مسلم: ٣/١٣٣٧ رقم ١٧١٣ الاحاديث ٤،٥،٦من الاقضية) وانظر (صحيح مسلم بشرح النووى ١٢/٥) ورواه ابن ماجة فى الاحكام (سنن ٢/٧٧٧ رقم ٢٣١٧) من حديثها واخرجه عن ابى هريرة (الحديث ٢٣١٨) ورواه ابو داود فى الاقضية : (سنن ابي داود : ٣/٣٠١ رقم ٣٥٨٣) والترمذى في الاحكام (سنن الترمذى : ٢/٣٩٨ رقم ١٣٥٤) وقال : وفي الباب عن ابي هريرة وعائشة وحديث ام سلمة حديث حسن صحيح ، والنسائي فى آداب القضاة (سنن النسائي : ٨/٢٣٣) وانظر جامع الاصول (١٠/ ٥٥٣ رقم ٧٦٥٥) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ١٠/١٤٩) وباسانيد والفاظ اخرى عن ام سلمة وعائشة (١٠/١٤٩ ـ ١٥٠) ورواه الطبراني فى الاوسط عن ابن عمر (مجمع الزوائد : ٤/١٩٨) .

(١) الزيادة من ص وفى ل : فى قوله آخرا .

(٢) الزيادة من ل .

(٣) ب ف ل ج : والآخر بها جاهل .

(٤) ل : فلم يلبثه .

وبقى[1] المقضى عليه ، فقال : والله الذى لا اله الا هو[2] ان حقي لحق .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« عليّ بالرجل »

فاتى به ، فأخبره بما[3] حلف به صاحبه .

فقال : ان شئت عاودته .

فقال : « عاوده » .

فلم يلبث[4] أن قضى له .

فقام .

وحلف المقضى عليه .

حتى استكمل فى ذلك ثلاث مرات .

فلما كانت الرابعة قال : ان شئت عاودته .

فقال : « لا ، ولكن اعلم أن من اقتطع بخصومته وجدله مال امرىء مسلم بغير حق فانما يقتطع قطعة[5] من النار » .

فقال الرجل : ان الحق حقه .

قال : فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئاً ، فجلس فقال :

« من اقتطع بخصومته وجدله مال امرىء مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من النار » .

---

(١) في المبسوط : وقعد المقضي عليه .

(٢) المبسوط : لا اله غيره .

(٣) س : بما فعل صاحبه .

(٤) ل : يلبثه .

(٥) ف ج : يقطع بقطعة . ب : يقطع قطعة .

قال ابو هريرة رضى الله عنه : فكانت الآخرة اشد من الاولى[1] .
يعنى : العبارة[2] الآخرة منه صلى الله عليه وسلم اشد من الاولى .
افاد الحديث فوائد :
منها ما قلنا في الحديث الاول .
ومنها : ان القاضى اذا وقعت له شبهة لا بأس بالمعاودة ، ولا يكون هذا من باب اعانة احد الخصمين .
ومنها : انه لا بأس للقاضي ان يقضى متكئاً ؛ الا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى متكئاً ، ثم استوى جالساً .
ومنها : أن شاهد[3] الزور لا يعزر بالضرب ، بل يطاف به ، الا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يضربه ، فكان الحديث حجة لابي حنيفة رحمه الله على صاحبيه .

[٦٧٩] ذكر حديث علي رضى الله عنه ان رجلا من الحى خطب امرأة ، وهو دونها في النسب والحسب ، فأبت ان تتزوجه[4] ، فادعى انه تزوجها ، وأقام شاهدين عند علي رضى الله عنه ، فقالت : انى لم أتزوجه فقال : قد زوجك الشاهدان ، وقضى عليها بالنكاح[5] قال

---

(١) حديث ابي هريرة اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم رجلان احدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها ... الى آخر الحديث رواه السرخسي في المبسوط ٨٦/١٦ وفيه اختلاف يسير في لفظه .

(٢) س : عبارة النبي .

(٣) ب : الشاهد .

(٤) ل : تزوجه .

(٥) ورد فى حاشية ك تصحيح للرواية على اللفظ التالي : ... فقالت المرأة ما تزوجني يا أمير المؤمنين ، فان لم يكن بد فزوجنى منه ، فقال : شاهداك زوجاك وقضى عليها بالنكاح .

عمرو[١] : فتزوجها الرجل بعد ذلك .

فأول الحديث حجة لابي حنيفة وابي يوسف فى قوله الاول ، أن النكاح ينعقد بقضاء القاضي ، الا ترى [١٥٩آ] أن عليا رضي الله عنه قال : قد زوجك الشاهدان .

وآخر الحديث حجة لهما انه لا ينعقد ؛ فانه قال : فتزوجها الرجل بعد ذلك .

لكن، ابو حنيفة وابو يوسف في قوله الاول يقولان في تأويل ذلك: انه تزوجها احتياطا ليكون ذلك ابعد[٢] عن الشبهة ، لا[٣] لأن النكاح لم ينعقد فيما بينهما .

وقال ابو يوسف رحمه الله : اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته بزور ، ففرق القاضى بينهما ، ثم تزوجها احد الشاهدين قال الشعبي[٤] ذلك جائز ، وهذا حجة لابي حنيفة وابي يوسف فى قوله الاول ؛ أن[٥] قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا .

[٦٨٠] وقال :

قال ابو حنيفة في الرجلين[٦] استأجرتهما امرأة ، فشهدا لها على زوجها بطلاق[٧] ثلاث بزور ، ففرق القاضي بينهما ، [ثم تزوجها احد

---

(١) س : عمر .

(٢) س : بعيدا عن التهمة .

(٣) (لا) سقطت من ص .

(٤) قوله : قال الشعبي ذلك جائز قلت روى ذلك عبدالرزاق في مصنفه عنه (٨/٣٥٣ رقم ١٥٥١٤) .

(٥) ل : ان القاضي ينفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا .

(٦) ل : في رجلين .

(٧) س : بالطلاق الثلاث .

الشاهدين ، قال : أثم الشاهدان اثما عظيما ، وقد مضت الفرقة في ما بينهما][1].

اما الاثم العظيم ، فلأن شهادة الزور نظير اليمين الكاذبة ؛ لأن بقوله : أشهد تنعقد اليمين ، واليمين الكاذبة من اعظم الكبائر ، وكذا شهادة[2] الزور ، فيكون اثما عظيما .

وانما[3] مضت الفرقة فلأنه صدرت عن دليل ، وهو الصدق من حيث الظاهر .

فاذا مضت الفرقة ، فلا يسع الزوج أن يطأها ، ولا يسعها ان تتزوج بزوج آخر قبل[4] انقضاء العدة ، ويسعها ان تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء العدة .

وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اولا .

وقال ابو يوسف آخرا ، وهو قول محمد ، لا يسعها ان تتزوج بزوج آخر .

فان تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة ، فالكلام فيه في موضعين : في حل الوطء للزوج الثاني ، وحل الوطء للزوج الاول .

أما الزوج الثاني [فقد][5] حل له وطؤها ، سواء كان الثاني جاهلا بحقيقة الحال او عالما بحقيقة الحال ؛ بان كان الزوج احد الشاهدين عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف اولا .

---

(١) الزيادة من ف ج س ل هـ .

(٢) س : الشهادة .

(٣) ل ك : وأما . ب : واذا مضى .

(٤) ب : بعد انقضاء .

(٥) الزيادة من ل .

وعند ابي يوسف آخرا ؛ وهو قول محمد ، إن كان جاهلا حلّ له وطؤها ؛ لأنه يتبع الظاهر ، وليس[1] يكلف ما في الباطن .

هذا كما قال في كتاب البيوع : لو اشترى أمة من رجل ، فظهر ان البائع لم يكن[2] مالكها [١٥٩.ب] وقد وطئها المشتري لا يوصف بأن وطأها كان حراما ، وان كان عالما لا يحل له .

واما الزوج الاول فعند ابي حنيفة لا يحل له وطؤها في الظاهر والباطن .

وعند ابي يوسف ومحمد : لا يحل له وطؤها في الظاهر ؛ لأن في الظاهر عند القاضي والناس الفرقة واقعة ، فلو وطئها يكون زانيا عندهم ؛ فيقيمون عليه الحد[3] .

واما في الباطن عند[4] محمد فيحل[5] .

وعند ابي يوسف لا يحل .

محمد مرّ على أصله .

وابو يوسف يقول بان الفرقة واقعة عند ابي حنيفة ، فصار قول ابي حنيفة شبهة .

وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب النكاح : اذا تزوج إمرأة بغير ولي ، ثم طلقها ثلاثا ، ثم تزوجها بعد ذلك اكره له ان يطأها قبل

---

(١) س : ولا يكلف . ف : وليس تكليف .

(٢) ف هـ ص : لم يكن مالكا لها .

(٣) ف ج ل : فيقيمون عليه الحد فلا يطؤها .

(٤) ف ج : عندنا .

(٥) في ك والنسخ كلها : يحل (بسقوط الفاء) .

المحلل كقول[1] ابي حنيفة •

[٦٨١] قال :

ولا بأس للزوج بعد انقضاء العدة اربعا احداهن اختها •

وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله •

لأن الفرقة قد وقعت ، وقد انقضت العدة ، فلا يؤدي الى الجمع بين خمس نسوة ، ولا بين اختين •

[٦٨٢] قال :

ولو تزوجها الثاني على ما وصفنا ، ودخل بها ، وفارقها ، وانقضت العدة[2] فلا بأس بان يتزوجها الاول •

اما عند ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد فلأن نكاح[3] الاول قائم ، وكان تزوج الاول مرة اخرى امساكا لها بحكم النكاح القديم ، لكنهما يجددان[4] حتى لا يتهما[5] في الناس •

وعند ابي حنيفة وابي يوسف اولا ، لأنه[6] نفذ قضاء القاضي بالفرقة بالثلاث ، فاذا تزوجها الثاني بعد انقضاء العدة من الاول ، ووجد الدخول ثبت الحل للاول •

فاذا تزوجها بنكاح جديد كانت حلالا له •

هذا اذا فارقها الزوج بطلاق باختياره ، فأما اذا شهد الشاهدان على

---

(١) هـ س ف ج م : لقول •

(٢) ب : عدتها •

(٣) س : فلأن النكاح •

(٤) ك : محددان • ل : جددا •

(٥) ك وسائر النسخ : يتهمان بثبوت النون وما اثبتناه عن ل •

(٦) ف ج ص : فلأنه • ب : لأنه ان نفذ •

الزوج الثاني بالطلاق الثلاث بالزور ، وقضى القاضي بالفرقة ، حل لها أن تتزوج من شاءت ؛ من الزوج الاول والشاهدين عند ابى حنيفة وابى يوسف اولا[1] ؛ لأن قضاء القاضي بالفرقة بينها وبين الزوج [١٦٠آ] الثاني قد صح كما صح بينها وبين الزوج الاول .

فاذا انقضت عدتها من الثاني كان لها ان تتزوج من شاءت .

واما عند ابى يوسف آخرا[2] ، وهو قول محمد ، لا يحل لها أن تزوج باحد الشاهدين ؛ لان الفرقة الاولى كانت باطلة ، والنكاح الثاني كان باطلا .

فاذا انقضت عدتها من الثاني كانت منكوحة الاول ، فلا تتزوج الا من الزوج الاول .

[٦٨٣] قال في الكتاب :

واما على قول ابى يوسف ، فلا يسعها ان تتزوج احد الشاهدين ما خلا الزوج الاول .

خص قول ابي يوسف ، وهذا قوله الآخر ، وهو قول محمد .

لكن لم يذكر في الكتاب قول محمد ، وقول محمد مثل قول ابى يوسف آخرا[3] .

[٦٨٤] قال :

ولو كانت المسألة مثل ما وصفنا[4] ، فقالت المرأة قد تزوجت غيرك ، وفارقني بعد الدخول ، وانقضت عدتي ، وهي كاذبة ، فهذا على وجهين :

---

(١) ف : الاول وقد سقطت من س .

(٢) ف ج : الآخر .

(٣) ف ج : الآخر ، وقد سقطت من جـ .

(٤) س : كما ذكرنا . ب ل : كما وصفنا .

اما أن علم الزوج الاول انها كاذبة .

او لم يعلم .

فان علم فلا يسعه أن يتزوجها[١] .

واما[٢] اذا لم يعلم ، فان[٣] كانت المرأة مؤتمنة ، وسعه أن يتزوجها . لأن النساء في مثل هذا مؤتمنات . الا ترى انه لو طلق امرأته ثلاثا ثم جاءت بعد زمان ، وقالت : اني[٤] قد حللت لك بمحلل ان كانت مؤتمنة يصدقها[٥] ، وان كانت غير مؤتمنة ، وركن قلبه الى تصديقها ، حل له أن يتزوجها ، فهذا كذلك .

[٦٨٥] قال :

ولو أن امرأة أقامت شاهدين على رجل انه تزوجها بمهر وولي ، وهما شاهدا زور ، وأمضى القاضي النكاح ، فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ، وهو قول[٦] ابي يوسف اولا يسعها المقام معه على ذلك النكاح .

وعلى قول ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد لا يسعها .

هذا هو الكلام في الطلاق .

والشهادة في[٧] عتق الامة نظير الشهادة في الطلاق فيما وصفت لك .

---

(١) ص : ن يتزوج بها .

(٢) س : وان لم يعلم كانت المرأة مؤتمنة ويسعه .

(٣) الفاء في (فان) زيادة من ل فقط .

(٤) ب : انى حللت .

(٥) ص : ان كانت مؤتمنة فصدقها جاز وان كانت .

(٦) ل : فعلى قول ابى حنيفة وابى يوسف الاول .

(٧) ف ج : وفى .

[٦٨٦] قال :

ولو ان رجلا اقامت عليه أمته[١] [بينة][٢] أنه أقر أنها ابنته ، وهم شهود زور ، فاعتقها القاضي وجعلها ابنته ، فانها ابنته في الحكم ، ولا يحل له أنّ [١٦٠ ب] يطأها ، ولا يرثها ، وتستنفق منه ، وترثه .

لأن القاضي جعلها ابنة له . وهذه أحكام البنتية[٣] .

وهل يحل لها ان تأكل ميراثه ؟

على قول ابي حنيفة ، وهو قول ابي يوسف اولا ، يحل [لهـا ذلك][٤] .

وعلى قول ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد: لا يحل [لها ذلك][٥] بناء على أن قضاء القاضي بالنسب هل ينفذ باطنا ؟ فهو على هذا الاختلاف .

من مشايخنا من قال : القضاء بالنسب[٦] بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالاجماع ، لكن نص[٧] ههنا انه[٨] ينفذ عند ابي حنيفة ، فكان هذا حيلة

---

(١) ص : أمة .

(٢) س : ولا يحل له وطؤها وينفق عليها وترثه .

(٣) س : البينة وهل يحل لها ميراثه

(٤) الزيادة من ل .

(٥) الزيادة من ل وفى س ص : لا يحل وفى ف هـ ب : لا يحل لانه بناء ...

(٦) من قوله : هل ينفذ باطنا فهو على هذا الاختلاف ... الـى هنا ليس فى هـ .

(٧) ف ج : يظن .

(٨) ل : على انه .

لمن لا وارث له أن يثبت النسب من نفسه بأن يدعي شخصا[1] مجهول[2] النسب انه ابنه ، او ابنته ، ويقيم على ذلك شاهدي زور ، فيقضى القاضي[3] بذلك النسب [له][4] .

[٦٨٧] قال :

ولو أن رجلا باع من رجل أمة بيعا صحيحا فجحد المشتري ذلك ، وحلف ، قال ابو حنيفة : لو أجمع[5] البائع على ترك الخصومة ، أي عزم على ترك الخصومة ، لا بأس بأن يطأ الأمة ، ويبيعها ، وان كان طعاما أكله ، وان كان ثوبا لبسه .

وان كان من رأيه خصومته ، وطلب البينة عليه ، فلا يطأ الامة ، ولا يأكل الطعام ، ولا يلبس الثوب .

لأن المشتري لما جحد صار فاسخا للعقد في جانبه ، الا أنه لم يتم انفسخ ، حتى لو أقر المشترى بعد ذلك الجحود بالبيع يصح ، ويبقى البيع فيما بينهما[6] ، فاذا عزم البائع على[7] ترك الخصومة ، تم الفسخ ، فيعود اليه قديم ملكه ، فيحل له وطؤها .

فأما اذا عزم البائع[8] على الخصومة ، لم يوجد منه الفسخ لا صريحا

---

(١) ص : شخص انه مجهول .

(٢) هـ ف ب : هو مجهول النسب .

(٣) ف ج ص : فيقضى القاضي بالنسب .

(٤) لزيادة من ل ص ب .

(٥) ص : ان اجمع .

(٦) س : فيما بينهما فيحل له وطؤها فاذا (وهو سهو) .

(٧) س ل : على الخصومة لم يوجد منه الفسخ لا صريحا ... اى بسقوط عبارة .

(٨) من قوله : على ترك الخصومة تم الفسخ ... الى هنا ليس فى س ل .

ولا دلالة ، فلا يتم الفسخ •

وتمام هذا يأتي في آخر الباب •

[٦٨٨] قال :

ولو أن رجلا اشترى من رجل أمة فطعن[١] فيها بعيب ، وهو فيه ظالم ، فردها ببينة زور ، او[٢] باباء يمين ، وقبلها البائع بحكم قاض ، فان هذا في قول ابي حنيفة ، وهو قول ابي يوسف اولا ، لا بأس للبائع أن يقربها ، ويستخدمها ، ويبيعها ، وان ثوبا لبسه ، وان كان طعاما أكله •

وعلى قول ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد ، لا يحل له [١٦٢آ] ذلك ؛ بناء على أن القضاء بالفسخ بشهادة الزور هل ينفذ ظاهرا باطنا ؟ فهو على هذا الاختلاف •

هذا اذا لم يرض البائع برد ذلك الشيء عليه •

فأما اذا رضي برده[٣] ، حل بالاجماع •

اما عند ابي حنيفة وابي يوسف اولا فلما قلنا •

واما عند ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد فلأنهما تراضيا على الرد ، فيثبت الفسخ الان بتراضيهما ، لا بقضاء القاضي •

[٦٨٩] قال :

وكذلك ان اقام البينة [بشهود][٤] بزور ، انه أقاله البيع[٥] ، او ادعى ذلك عليه ، فأبى أن يحلف ، فرد عليه باباء[٦] اليمين ، فهو علـى

---

(١) ف ب ج ص : وطعن بعيب •

(٢) س باليمين •

(٣) قوله (برده) ليس في ص ب •

(٤) س:اقام بينة زور ، وفي هـ ك ف ج ص ب م:اقام البينة بزور والتصحيح والزيادة من ل •

(٥) ف ج : اقاله البائع وقوله (البيع) ليس في س •

(٦) ف ج هـ : فابى ، س : بامانة •

هذا الخلاف[1] . وان رضي بالرد حل بالاجماع .

[٦٩٠] قال :

ولو أن رجلا قال لامرأته : أنت طالق البتة ، وهو ينوي واحدة ، فخطبها ، ثم تزوجها على مهر جديد وشهود ، ثم رافعته الى القاضي ، فجعلها ثلاثا ، وفرق بينهما ، فانه لا يسع الزوج ان يقربها ، ولا يسع المرأة أن [تمكنه و][2] تدعه وذلك .

وهذا [هو][3] قولهم جميعا .

لأن هذا القضاء عليه قد[4] حصل في محل الاجتهاد ؛ فان هذه المسألة مختلفة[5] بين الصحابة :

منهم من يجعلها واحدة .

ومنهم من يجعلها ثلاثا ، فينفذ قضاؤه .

فرق ابو يوسف ، في قوله آخرا ، ومحمد ، بين هذا ، وبين مسألة قضاء القاضي بشهادة الزور .

والفرق[6] لهما : أن ثمة الزوج تيقن خطأ[7] القاضي ، وبطلان

---

(١) س : الاختلاف .

(٢) الزيادة من س ـ ص .

(٣) الزيادة من ف ج م .

(٤) ف ج م ك : وقد .

(٥) ل : تختلف .

(٦) س : والفرق فيها أن .

(٧) ل هـ : بخطأ .

قضائه ، وههنا لم يتيقن[1] .

[٦٩١] قال :

ولو قال الزوج لامرأته : انت طالق البتة ، فخاصمها الرجل الى قاض آخر يرى البتة واحدة ، يملك الرجعة ، وقد لمسها بعد الطلاق بشهوة[2] قبل أن يفرق القاضي بينهما ، وان تزوجها[3] الزوج الثاني ، قضى عليها بالرجعة ، وجعلها امرأته ، وقد كان[4] نوى واحدة بائنة ، او ثلاثاً ، وهو ممن يرى ذلك ، فانه لا يسعه المقام معها بقضاء القاضي ، ولا يحلها قضاء القاضي .

وهذا قول ابي يوسف ، وهو قول صاحب الكتاب .

لأن هذا قضاء له ، والقاضي متى قضى له ، وهو عالم يرى خلاف ذلك يتبع رأي نفسه في قول ابي يوسف ، وهو قول صاحب الكتاب .

وفي قول محمد ، وهو قول ابي [١٦١ب] حنيفة رحمه الله ، يتبع[5] رأي القاضي .

وكذلك لو رافعها الى[6] قاض آخر ، وهو يرى الفرقة على ما نوى

---

(١) في حاشية ك زيادة هي : لم يتيقن ذلك بشيء ، وفي ل : لم يتيقن بمثله .

(٢) ك : لشهوة . ف ج م : لشهود (وهو تصحيف) هـ : لشهوده (وهو تصحيف ايضا) .

(٣) ب : وان يتزوجها .

(٤) ص : وقد كان هو يرى واحدة بائنة ، ب : وقد كان يرى يرى واحدة بائنة .

(٥) س : يتبع نفسه القاضي .

(٦) ل : الى القاضي وهو يرى .

الزوج ، واحتجوا[١] عنده بقضـــاء القاضي الاول ، فانه ينفذ[٢] ، ولا يقضي[٣] بخلاف الاول ، وان كان رأيه بخلافه .

لأن قضاء الاول كان في محل الاجتهاد .

لكن ، هل يسع الزوج المقام معها ، ويتبع قضاء هذين القاضيين ؟ فهو على هذا الخلاف .

هذا اذا قضى له .

واما اذا قضى عليه ، بأن رأى[٤] القاضي ثلاثا ، ورأى الزوج واحدة ، فقضى[٥] بالحرمة ، فانه يتبع رأي القاضي ، حتى لا يحل له ان يتزوجها ، حتى تنكح زوجا غيره بالاجماع .

وهذا كله اذا كان الزوج عالما ، وله رأى واجتهاد .

اما اذا كان الزوج جاهلا عاميا ، فانّه يتبع رأى القاضي ، سـواء قضى له او عليه .

وقد مرت هذه الفصول في الباب السادس والثلاثين[٦] .

هذا اذا قضى له في هذه الحادثة .

اما اذا أفتى[٧] له في هذه الحادثة ، فهو على وجهين :

---

(١) ل : واحتجوا عليه .

(٢) ب : ينفذه .

(٣) س ل : ولا ينقض .

(٤) س : رآها .

(٥) س : يقضي . ص : فقضى بالحرية .

(٦) س : والثمانين وهو سهو .

(٧) ف ج س : اما اذا قضى عليه . ص : قضى له في هذه ، وما اثبتناه عن ك ل وسائر النسخ .

ان كان عالما له اجتهاد يعمل برأيه .

وان كان جاهلا ، يأخذ بفتوى أفضل الرجلين عند العامة فقها[1] ، ويكون هذا اجتهادا له .

فان قضى له في تلك الحادثة قاض ، وأفتاه مفت هو أفقه ، وأعلم من القاضي في تلك الحادثة عند العامة ، ان كان ما قضى عليه فانه يتبع رأي القاضي بالاجماع .

وان كان ما قضى له ، فهو على الاختلاف الذي حكيناه آنفا .

لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده ، فصارت هذه المسألة عين[2] تلك المسألة .

[٦٩٢] قال :

ولو أن رجلا قذف امرأته بالزنى وهو كاذب ، او صادق ، فرافعته[3] الى القاضي ، فتلاعن القاضي بينهما ، وفرّق ، نفذ القضاء بالفرقة بالاجماع ، والقاضي يعلم أن احدهما كاذب ، لكن لما اشتبه عليه الصادق من الكاذب نفذ[4] القضاء بالفرقة .

وهذا حجة لابي حنيفة وابي يوسف اولا ، على قول ابي يوسف آخرا وهو قول محمد .

[٦٩٣] قال :

ولو أن رجلا خلا بزوجته ، ثم فارقها ، ولم يغشها ، فلها المهر

---

(١) ص : عند العامة من الفقهاء فقها .

(٢) س : غير تلك المسألة وقد سقطت هذه العبارة من نسخة ب .

(٣) ب : فرافعت فلا عن القاضي بينهما .

(٤) س : يفسد القضاء .

كاملا [١٦٢آ] وعليها العدة كاملة .

وهذا يشبه ما وصفنا من الشهود بالطلاق وغيره بزور .

هكذا[1] قال صاحب الكتاب .

يريد بذلك انها اذا طلبت المهر فالقاضي يقضى لها بالمهر كاملا ؛ لأن[2] الظاهر انه اذا خلا بها والزوج فحل ، انه يدخل بها ، فقضى لها بالمهر كاملا من[3] طريق الظاهر .

واما في الباطن فانما[4] يحل لها نصف المهر دون النصف ، فكذا فيما ذكرنا .

وقد عابوا على صاحب الكتاب بهذا ، وقالوا :

عند علمائنا يحل لها المهر كاملا ظاهرا وباطنا ؛ لأن الخلوة عندنا اقيمت مقام الدخول .

[٦٩٤] قال :

ولو أن رجلا ادعى حقا في يد رجل ، وأقام عليه بينة زور ، فقضى القاضي للمدعي ، والذى قضى عليه يعلم انها[5] بينة زور ، فانه في سعة من غصب ذلك من يد المدعى المقضى له .

---

(١) ب : وهكذا .

(٢) س : لان الظاهر اذا خلا بها الزوج وهو فحل يدخل بها فيقضى . هـ : اذا خلا بها والزوج فحل يدخل بها فقضى . ب : فحل يدخل .

(٣) س : من حيث الظاهر .

(٤) س : فهل لها نصف المهر دون النصف . ف ك : فانها يحل . وما اثبتناه عن ل . وقد سقطت لفظة (فانها) من نسخة ب .

(٥) ف : انها زور .

لأن القضاء فى الاملاك المرسلة لا ينفذ فى الباطن فبقى الشيء على حكم ملك المدعى عليه، فكان له ان يأخذه من يده ، لكن لا يجاهر بالاخذ، لان القضاء نفذ من حيث الظاهر ، فلو جاهر بالاخذ فالناس يظنونه غاصبا ؛ فيفسقونه ، أو يعزرونه ، فلا يجاهر بذلك ، اما مخافة التهمة ، او تحرزا عن العقوبة ، لكن يأخذ سرا ان قدر .

ثم الكلام فى الحل فى حق المقضى له والمقضى عليه .

اما المقضى له ، فلا[1] يسعه وطؤها ان كانت جارية ، ولا لبسه[2] ان كان ثوبا ، ولا أكله ان كان طعاما ، ولا ركوبه ان كانت دابة .

لان القضاء لم ينفذ من حيث الباطن بالاجماع .

واما المقضى عليه ، فيسعه[3] ذلك كله ، لـكن لا ينبغي ان يفعل [ذلك][4] جهرا لما قلنا ، لكن يأخذ سرا ويذهب به ، ثم ينتفع به ما شاء .

[٦٩٥] قال :

ولو باع المقضى له ذلك الشيء ، فهذا على وجهين :

اما ان باع [ذلك][5] ممن يعرف ذلك ؛ بأن باع من الشاهدين ، او من أحدهما .

او باع ممن لا يعرف ذلك .

ففي الوجه الاول لا يحـل للمشتري غشيان الأمة ، ولا الانتفاع بالثوب والطعام[6] والدابة .

---

(١) ك ف ج م : لا (بسقوط الفاء) .

(٢) س : ولا اللبس .. ولا الاكل .. ولاالركوب ...

(٣) ك ف ج م : يسعه (بسقوط الفاء) .

(٤) الزيادة من ل .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) ل : ولا أكل الطعام ولا ركوب الدابة .

وفي الوجه الثاني : يحل [له ذلك][1] ؛ لما قلنا من قبل .

[٦٩٦] قال صاحب الكتاب :

وكذلك الهبة ، ان أقام عليها [١٦٢ب] بينة ؛ او الصدقة ، اذا أقام عليها البينة [شهودا][2] شهدوا بزور ، فهو مثل ذلك .

يريد به أن المدعي اذا أقام شاهدي الزور على الرجل انه [قد][3] وهب منه هذه الجارية ، وقبضها منه ، او تصدق بها عليه ، وقبضها منه ، وهي في يده بغير حق ، فقضى[4] القاضي بذلك ، لا ينفذ قضاؤه باطنا عند ابي يوسف آخرا[5] ، وهو قول محمد .

وهل ينفذ عند ابي حنيفة ؟

عنه[6] روايتان :

في رواية ينفذ ؛ بمنزلة مسألة المشتري التي[7] تأتي بعد هذا ومسألة النكاح ؛ لأن السبب متعين يدعيه المدعي .

وفي رواية لا ينفذ ، وهو رواية صاحب الكتاب ؛ بمنزلة الاملاك المرسلة .

---

(١) الزيادة من ل .

(٢) الزيادة من ل . وفي ب : او صدقه شهود شهدوا بزور . س : وكذلك الهبة اذا اقام عليها البينة ، او صدقه بشهود زور .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) العبارة مبتدئة بقوله : منه هذه الجارية وقبضها منه ... الى هنا ليس في هـ .

(٥) ف ج م : الآخر .

(٦) ل س : فيه روايتان .

(٧) ف ج ك هـ : الذى يأتي .

[٦٩٧] قال :

ولو أقام شاهدي زور أن فلانا باعه هذه الامة بالف درهم، فقضى بها القاضي له، ودفع الثمن الى البائع، وقبضه، والبائع يعلم انه لم يبعه[١] . فعند[٢] ابي حنيفة وابي يوسف أولا ينفذ هذا القضاء ظاهرا وباطنا، حتى[٣] وسع المشترى غشيان الامة، وأكل الطعام، ولبس الثوب، وركوب الدابة، ان كانت[٤] الدعوى في ذلك .

وعند ابي يوسف، آخرا، وهو قول محمد، لا ينفذ باطنا، حتى [انه لا][٥] يسع المشتري ذلك .

وهل يسع البائع وطء الامة ؟

قال ابو يوسف رحمه الله : لا يحل، وقد مر الكلام فيه .

[٦٩٨] ثم ذكر صاحب الكتاب البيع مطلقا . واختلف اصحابنا فيه :

منهم من قال : عند ابي حنيفة رحمه الله انما ينفذ القضاء باطنا، اذا كان البيع بمثل القيمة، او بما يتغابن الناس في مثله .

اما اذا كان بغبن فاحش [فانه][٦] لا ينفذ عنده، على قياس رواية صاحب الكتاب في الهبة والصدقة .

---

(١) ب : لم يبع .

(٢) ف : وعند .

(٣) س : حتى يسع المشتري . ل : حتى انه يسع ف : حتى وسع للمشتري .

(٤) ف ك : كان .

(٥) ف ج ك ب : حتى يسع، هـ : حتى لا يسع . والتصحيح والزيادة من س ل .

(٦) الزيادة من ل .

لأن البيع اذا كان بغبن فاحش [فان][1] هذا يعد تبرعا ، فيكون هذا ومسألة الهبة والصدقة سواء .

ومنهم من قال : لا بل عنده ينفذ كيف ما كان البيع ؛ لأن البيع وان وقع ببدل يسير يكون حكمه حكم المبادلة ، ولا يكون تبرعاً ؛ الا ترى أن المكاتب اذا باع بغبن فاحش ينفذ ذلك منه ، ولا يجوز تبرعه ، علم ان حكم هذا حكم المبادلة .

هذا اذا ادعى [١٦٣آ] المشتري وأنكر البائع .

ولو كان البائع هو المدعي للبيع ، والمشتري ينكر ، وقامت البينة على ذلك ، وأنفذ القاضي القضاء ، والشهود شهود[2] زور ، والمشتري يعلم أنه لم يشتر ، فعند ابي حنيفة وابي يوسف اولا[3] ، هذا والاول سواء ، وينفذ القضاء باطنا ، حتى يحل للمشتري وطؤها .

واما عند ابي يوسف آخرا ، وهو قول محمد ، ان رضي المشترى بذلك وسعه[4] أن يطأها ، ويلبس [الثوب] ، ويركب [الدابة] ، ان كانت الدعوى في ذلك .

وان لم يرض ، وكان يطلب حجته ، ليقضي[5] بها الحاكم ، فلا يسعه [شيء من ذلك][6] ؛ لأن البيع انعقد من جانب المدعى برضاه ، فنفذ

---

(١) في الاصل ك وسائر النسخ : لان البيع اذا كان بغبن فاحش يعد هذا تبرعاً وما اثبتناه عن ل .

(٢) س : شهدوا بزور .

(٣) ف ج م : الاول .

(٤) ب ل : يسعه .

(٥) في الاصل ك وسائر النسخ : فيقضي ، وما اثبتناه عن س ص .

(٦) الزيادة من ل .

شطر[1] العقد ، ويصير كأن القاضي تولى العقد من الجانب الآخر بغير رضاه ، فيتوقف على اختياره ، وان رضى نفذ ، وان لم يرض فلا [ينفذ][2].

فلو أنه مجمع على الخصومة ، اى عازم عليها ، وعلى البيع ان قدر ، ثم وطيء الجارية ، او ركب الدابة ، او اكل الطعام ، او لبس الثوب ، كان ذلك رضى بالبيع ، فلا يسعه الخصومة فى نقضه .

قال صاحب الكتاب :

لأن البيع قد وجب برضاه .

وهذا اشارة الى ما قلنا من المعنى .

والله تعالى اعلم

* * *

---

(١) ك ب ف ج م:فنفذ شرط العقد ، س:فنفذ ، ينظر ، وان كانت الدعوى في ذلك العقد ، ويصير كان القاضي ... وما اثبتناه عن ل ص هـ .

(٢) الزيادة من ل .

الباب الخمسون

في ما ينبغي[1] للقاضي أن يضعه على يدي عدل[2] اذا خوصم اليه

[٦٩٩] الأصل في هذا الباب أن كل ما كان حق[3] الله تعالى تثبت فيه الحيلولة ، وما لم[4] يكن حق الله تعالى لا تثبت فيه الحيلولة ، الا أن يسأل المدعى ذلك .

وآية حق الله تعالى أن المدعى اذا أقام البينة ثم ترك لم يترك .

وآية حق العبد انه اذا ترك يترك .

اذا عرفنا هذا [فنقول][5] :

[٧٠٠] قال :

ولو أن رجلا في يده أمة فادعاها رجل ، وأقام عليها شاهدين[6] عند القاضي انها له ، والذى هي في يده[7] ينكر ذلك ، والقاضي لا يعرف الشهود ؛ بأن كانا[8] مستورين ، فههنا[9] ثلاثة فصول :

---

(١) هـ : باب ما يحل للقاضي .

(٢) ب على يدي العدل .

(٣) ب : حقاً لله .

(٤) س : وما لم يكن فلا الا أن يسأل المدعى القاضي الحيلولة .

(٥) الزيادة من ل س .

(٦) س : شاهدي زور عند القاضي .

(٧) ب ف ج هـ : والذى في يديه .

(٨) ف ج : كانوا .

(٩) سقطت الفاء في (فههنا) من النسخ كلها .

احدها : اذا أقام شاهدين مستورين •

والثاني : اذا[1] لم يقم الشهود •

والثالث : اذا[2] أقام شاهدا واحدا •

[٧٠١] أما الفصل الاول : فينبغي [١٦٣ب] للقاضي أن يضع الجارية على يدي[3] امرأة ثقة مأمونة تحفظها ، حتى يسأل عن الشهود ، ولا يتركها في يد الذى فى يديه •

لأن شهادة المستور حجة للاستحقاق •

الا ترى أن القاضي لو قضى بهذه الشهادة يجوز فقد ظهر سبب الاستحقاق ، وبعدما ظهر الاستحقاق لو تركت الجارية فى يديه ربما يطؤها ، فيكون القاضى ممكنا[4] له من ارتكاب الحرام •

[و][5] الى هذا اشار صاحب الكتاب فقال : لا يتركها فى يد الذى هى في يديه ؛ لأنه زعم انها له ، و [انه][6] يستحل وطأها ، ولهذا قلنا انه يستوى ان يكون المدعى عليه عدلا او غير عدل ؛ لأن العدل انما يتحرز عن ارتكاب ما يعتقده حراما فى دينه ، والمدعى عليه[7] ههنا يعتقده حلالا ، فلا يمتنع من وطئها •

---

(١) ل : فيما اذا •

(٢) ل : فيما اذا •

(٣) س : على يدي عدلة ثقة مامونة تحفظها •

(٤) س : قد مكنه من ارتكاب •

(٥) الزيادة من ص •

(٦) الزيادة من س •

(٧) من قوله : عدلا او غير عدل ... الى هنا ليس فى ج •

لكن هذا[1] اذا سأل المدعى من القاضى أن يضعها على يدي عدل ، وإن لم يذكر صاحب الكتاب السؤال فى هذه المسألة ؛ لأن الحق فى هذا[2] للمدعي ، الا ترى انه لو ترك الخصومة بعد اقامة البينة يترك .

[٧٠٢] قال :

وكذلك لو لم يدعها رجل ، لكن ادعت الامة انها حرة الاصل ، وان مولاها الذى هى فى يديه اعتقها ، وأقامت عليه شهودا بذلك ، فانه يضعها على يدي عدل يحفظها ، ولا يخلى بين الذى هى فى يديه وبينها .

لأن سبب الحرمة قد ظهر ، والباب باب الفروج ، والاحتياط فيه واجب ، وههنا يضعها [على يدي عدل][3] سواء سئل[4] أو لم يسأل ؛ لأن الحق فيه لله تعالى .

[٧٠٣] قال :

وكذلك[5] لو ان امرأة رجل ادعت انه طلقها ثلاثا ، وأقامت بينة على ذلك ، والزوج منكر[6] ، فانه ينبغي للقاضى أن يمنع الزوج منها ، ويحول بينه وبين الدخول[7] عليها[8] .

ولم يشترط السؤال ههنا ؛ كما فى دعوى العتق ؛ لما قلنا الا انهما

---

(١) ف : لان هذا .

(٢) ل : في هذه المسالة .

(٣) الزيادة من س .

(٤) س : سالت او لم تسال لان الحق فى الفروج لله تعالى .

(٥) ف ج م ب : وكذلك امراة .

(٦) ل : ينكر .

(٧) ف ج : المدخول .

(٨) لفظة (عليها) سقطت من ب .

يفترقان في خصلة ، وهي[1] ان في الامة يخرجها من بيت المولى ، فيضعها على يدي عدل ، وفي المرأة لا يخرجها من بيت الزوج ، لكن يجعل معها امرأة ثقة مأمونة [١٦٤آ] تحفظها[2] ، وتمنع زوجها منها ، حتى يسأل عن الشهود ٠

وانما كان كذلك لأن شهود المرأة اما ان[3] كذبوا او صدقوا ٠

فان كذبوا كانت منكوحته[4] ٠

وان صدقوا كانت معتدة ٠

والمنكوحة لا تخرج من بيت الزوج الا بأذنه ٠

والمعتدة لا تخرج من بيت العدة ٠

واما في حق الامة فان كذبوا كانت أمته[5] ، وللامة[6] أن تخرج من البيت ، وان صدقوا كانت حرة ، وللحرة ان تخرج ايضا ، فافترقا في هذا الحكم ٠

وفي ما سوى هذا الحكم يستويان ٠

فان عدلت البينة ، فرق بينهما ٠

لأن الثابت بالبينة العادلة اذا قبلت كالثابت بالمعاينة[7] ٠

---

(١) ف : وهو ٠

(٢) قوله (تحفظها) ليس في ص ٠

(٣) ل : اما ان يكونوا كذبة او صدقة ، فان كانوا كذبة كانت منكوحته ، وان كانوا صدقة كانت معتدة ٠

(٤) ف : منكوحة ٠

(٥) ف ج ل : أمة ٠

(٦) ل : والامة لها ان تخرج ٠

(٧) ف : للمعاينة ٠

وان لم تعـــدل ، وقالت : لي شـــهود آخرون أحضرتهم ايضا ؛ ليشهدوا[1] فشهدوا لها بالطلاق ، فانها تترك على حالها ، الى ان يتبين[2] له أمرها .

لأن بهذه الشهادة تجب ابتداء الحيلولة ؛ فلأن تبقى[3] كان أولى .

[٧٠٤] قال :

وأما الفصل الثاني ، فلو ادعى المدعي انها أمته ، أو ادعت الامـة الحرية ، او المرأة الطلاق ، وليس لواحدة[4] منهما بينة ، وسأل القاضي الحيلولة الى أن يحضر شهوده فان القاضي لا يلتفت الى ذلك .

لأن مجرد الدعوى ليس سبب[5] الاستحقاق في حق المدعي عليه بالحديث ؛ الا ترى أن القاضي لو قضى عليه بمجرد الدعوى لا يجوز ، فلا تجب[6] به الحيلولة .

[٧٠٥] واما الفصل الثالث : فاذا ادعى المدعى كما وصفنا ، وأقـام على ذلك[7] شاهدا واحدا ، هل يحول القاضي بينه وبين ذي[8] اليد ؟ فهذا على وجهين :

---

(١) ف ج : ايضا وشهدوا لها بالطلاق . س : ايضا ان شهدوا لها بالطلاق تترك على حالها . ب هـ : ايضا شهدوا لها بالطلاق .

(٢) هـ ل ص : يستبين .

(٣) هـ ب : فلا تبقى .

(٤) ف ج ل : لواحد .

(٥) ل : بسبب .

(٦) ف ج : فلا تجوز .

(٧) س : على ذلك بينة وشاهدا واحدا .

(٨) ف ج م : ذوي .

اما ان قال : لي شاهد آخر في المصر آتي به في المجلس الثاني ٠
أو قال : لا شاهد لي سوى هذا [الواحد ٠

ففي الوجـــه الاول : القياس أن لا يحـــول[1] ، وفي الاستحسان يحول[2] ، اذا كان الشاهد عدلا ٠

وجه القياس : أن][3] شهادة الواحد[4] شـطر الحجة ، وشـطر الحجة لا يكون حجة ، فصار وجوده وعدمه سواء ، فبقي مجرد الدعوى ٠

وجه الاستحسان : ان قول الواحد حجة في باب الديانات[5] حقـــا لله تعالى ، والحل والحرمة حق لله تعالى ، فجاز أن تجب [به][6] الحيلولة الى المجلس الثاني ٠

وفي الوجه الثاني : لا يحول[7] قياسا واستحسانا ؛ لأنه لا يخلو : اما ان يحول الى المجلس [١٦٤ب] الثاني ، او مؤبدا ٠

لا وجه الى الاول ؛ لأنه لا يفيد ، لأنه لا يمكنه ان يقضي بالشاهد الاول ٠

ولا وجه الى الثاني ؛ لأنه يؤدي الى تعطيل ملكه عل
[٧٠٦] قال :

رجل في يده أمة ، ادعى رجل انه اشتراها منه ، وأقام بينة على

---

(١) ف ج ك : لا يجوز ٠

(٢) ف ج ك : يجوز ٠

(٣) الزيادة من حاشية الاصل ومن النسخ الاخرى ٠

(٤) ب : ان الواحد ٠

(٥) ف ج ك : في باب الديات (وهو تصحيف) .

(٦) الزيادة من س ٠

(٧) ف ج ك : لا يجوز ٠ ص : لا يحل ٠

ذلك عند القاضي ، وسأل ان يضعها على يدي عدل ، والذى فى يديه ينكر البيع ، فان القاضي ينبغي له ان يضعها على يدي عدل ، فان[1] زُكّيت البينة أمر المشتري بدفع الثمن ان كان لم يدفع ، ويسلمها اليه •

وكذلك ان ادعى الهبة[2] والقبض ، او الصدقة والقبض ، او الوصية من أب الذى هى فى يديه ، وهى تخرج من الثلث ، وأقام البينة ، فانه يضعها على يدي عدل ، الى أن يسأل عن الشهود •

لأن البيع والهبة والصدقة والوصية[3] تحرم الوطء على البائع ، والواهب ، والمتصدق وابن الموصي ، فيخاف منه[4] الوطء الحرام •

وهذا اذا سأل المدعى ذلك ؛ لان الحق فيه للمدعى •

وهذا اذا كانت الأمة فى يدي رجل •

اما اذا كانت في يدي امرأة ادعاها رجل بسبب من الاسباب ، فأقام على ذلك بينة ، فالقاضي ههنا لا يضعها على يدي عدل ، وان سأل ، لأن هنا القاضى لا يخاف وقوع الوطء الحرام •

وكذلك رجل ادعى على أيّم[5] نكاحاً ، فان القاضى يكفلها ، ولا يضعها على يدي عدل •

لأنها حرة مالكة نفسها ، لا يخاف منها الوطء الحرام •

هذا الذى ذكرناه[6] كله في الفروج •

---

(١) ك : زكت •

(٢) ب : ادعى الهبة او الصدقة والقبض او الوصية •

(٣) س : والوصية من أب الذى فى يده تحرم •••

(٤) هـ ك ل ص : فيخاف فيه • ف ج : فيخاف فيها •

(٥) س : ادعى على أمة •

(٦) ف : ذكرنا •

واما في غير الفروج من الاموال ، فلا[1] تثبت الحيلولة بشـــهادة شاهدين مستورين ، وان سأل ، حتى لو ادعى بستانا في يدي رجل ، او أرضا فيها نخل ، او شجر ، وفي ذلك ثمر ، وأقام على ذلك بينة ، وسأل من القاضي أن يجعل ذلك على يدي عدل حتى يسأل عن شهوده[2] ، فان القاضي لا يضع[3] ، الا أن يقول المدعى : لا آمن أن يستهلك هذا الذى فى يديه الغلة والثمرة التى فى ذلك ، فحينئذ يضع حتى يســأل عـن شهوده •

لأن المدعي طلب من القاضي ان ينظر له ، [١٦٥آ] والنظر انمـا يحصل باخراج ذلك الشيء عن يده •

قال الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى : هذا اذا كان الرجـل معروفا بالاستهلاك[4] الآن[5] •

فيضع[6] على يدي عدل[7] •

لما نبين في الباب الذى يلي هذا الباب ان شاء الله تعالى •

[٧٠٧] قال :

ولو أن رجلا ادعى على امرأة انها امرأته ، وهى مع رجل زعمت[8]

---

(١) ل : فانه لا تثبت •

(٢) ل : عن الشهود •

(٣) س : لا يفعل •

(٤) س : بالاستهلاك والخيانة •

(٥) ف ج ص : الا أن يضع • س : الا ان يضعه •

(٦) ك وسائر الاصول : يضع • س ل : يضعه •

(٧) ب : العدل •

(٨) ب ك : زعم • س : يزعم انه زوجها يصدقها فى ذلك •

أنه زوجها ، والرجل يصدقها على ذلك ، فأقام المدعي عليها بينة انهـا امرأته[1] والقاضى لا يعرف الشهود ، فان القاضى يعزل هذه المرأة ، إذا سأل ذلك الرجل الذى أقام البينة .

لأنها مع رجل يقر انها امرأته[2] ، ويزعم أنْ وطأه اياها حلال ، فلو لم يعزلها[3] ، ولم يضعها على يدي عدل ، ربما يطؤها ، فيخاف القاضى وقوع الوطء الحرام . لكن ينبغي للمدعي ان يسأل ذلك من القاضي ؛ لأن الحق في هذا للمدعي ، ألا ترى أنه لو ترك الخصومة يترك ، بخلاف دعوى العتاق ؛ لأن ثمة الحق لله تعالى ، ألا ترى انها لو أقامت البينة عـلى العتق ، ثم ارادت الترك لا تقدر .

[٧٠٨] قال :

ولو غاب رجل عن امرأته ، فتزوجت بزوج آخر ، ثم قدم فاقام البينة انها امرأته ، وسأل[4] القاضى أن يعزلها ، فانه يعزلها ، ويضعها على يدي عدل .

لأنه لو ثبت ما ادعى كان النكاح الثاني فاسدا .

لكن يشترط السؤال ههنا .

وفي دعوى الأمة لايشترط .

ووجه الفرق ما بينا .

---

(١) العبارة من قوله : وهى مع رجل زعمت ... الى هنا ليست في ف ج م .

(٢) س : انها زوجته .

(٣) ف ص هـ : لم يعزل ولم يضع .

(٤) ل : وسال القاضي ان يعزلها ويضعها على يدي عدل فعـل ذلك لانه لو ثبت ...

[٧٠٩] قال :

وكذلك امرأة مع رجل ادعت انه تزوجها نكاحا فاسدا ، وأقامت على ذلك بينة ، وهو يزعم انه تزوجها نكاحا صحيحا ، فانه يعزلها ، ويضعها على يدي عدل •

وكذلك رجل ادعى أمة في يد رجل ، وقال : بعتها من هذا الذى [هي][1] في يديه بيعا فاسدا ، وأقام بينة على ذلك ، فقال الذى هي في يديه: اشتريتها شراء صحيحا ، أو قال : هي جاريتي[2] ، اشتريتها منه ، فان القاضي يعزلها •

لأنه لو زكيت[3] البينة كان الوطء حراما ، فالقاضي يخاف وقوع الوطء الحرام ، فاذا أقام البينة ، توضع على يدي عدل •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى رحمه الله : انما يعزلها في دعوى[١٦٥ب]الشراء لا لأن[4]المشتري شراء فاسدا اذا وطئها يكون الوطء حراما ، بل لانه يكون مكروها ، فيحول بينه وبينها ، مخافة الوطء المكروه؟ كما يحول مخافة الوطء الحرام •

والله تعالى اعلم

* * *

---

(١) الزيادة من س •

(٢) ل : جاريتي لم اشترها منه •

(٣) ك : زكت •

(٤) ل ص : لان المشترى ••• (بسقوط لا) •

الباب الحادي والخمسون

في ما لا يضعه القاضي على يدى عدل

اذا خوصم اليه فيه[١]

[٧١٠] قال :

ولو أن رجلا ادعى غلاما في يدي رجل ، او دابة ، او ثوبا ، او عرضا من العروض التى تنقل وتحول ، انه ابتاعه[٢] من الذى هو في يديه ، والذى في يديه ينكر ذلك ، وأقام المدعي شهودا على دعواه ، وسأل القاضي أن يجعله على يدي عدل الى أن يسأل عن شهوده ، فان القاضى لا يخرج ذلك الشيء من يد الذى هو في يديه •

لأن اليد مقصودة في العين ، كما أن الملك مقصود •

ثم لا يجوز استحقاق الملك بالبينة قبل ظهور العدالة ، فلا يجوز ايضا استحقاق اليد بالبينة قبل ظهور العدالة ؛ بخلاف ما تقدم •

لأن ثمة الباب باب الفروج ، فأمر بالحيلولة احتياطا لباب[٣] الفروج• وهذا المعنى ههنا معدوم ، فلا يخرج من يده ، لكن يأخذ منه كفيلا بنفسه ، وبذلك الشيء المدعى به ، حتى لا يغيب ذلك الشيء ، ويأخذ منه وكيلا[٤] في الخصومة[٥] •

---

(١) قوله (فيه) ليس في ب •

(٢) ف ج : ابتاعها •

(٣) س : احتياطا للمحرمات •

(٤) س : كفيلا •

(٥) ف ج : بالخصومة •

هكذا ذكر صاحب الكتاب .

لكن هذا اذا أعطى بنفسه مختارا .

اما اذا أبى فلا[١] يجبر .

ذكره في مواضع .

وهذا اذا لم يكن المدعى عليه متلافا[٢] مخوفا على ما في يديه ، وخاف أن يتلفه ، ويستهلكه فأما اذا كان كذلك ، فان رأى القاضي ان يضع ذلك على يدي[٣] رجل ثقة مأمون ، فعل ذلك وهو حسن .

لأنه اذا كان بهـذه الصفة لا يؤمن ان[٤] يتلفه تعنتا ، فان القاضي يخرجه من يديه على سبيل المنع من التعنت .

[٧١١] قال :

وكذلك ان ابى الذى في يديه ذلك أن يعطى كفيلا بنفسه ، وبذلك الشيء ، أمر المدعى أن يلزمه[٥] ، ويلزم ذلك الشيء ، اذا لم يعط بـه كفيلا ، فان امتنع عن اعطاء الكفيل ، وكان المدعي ضعيفا[٦] عاجزا عـن ملازمته ، ورأى [١٦٦ آ] القاضي أن يضع ذلك الشيء على يدي عـدل فعل ذلك .

لما قلنا .

---

(١) هـ : لا يجبر . ل : فانه لا يجبر .

(٢) ل : متلافا فاسقا مخوفا .

(٣) س : على يدي عدل فعل ذلـك . ل : علي يـدي عدل ثقة مأمون ...

(٤) هـ : من أن .

(٥) س : أن يلازمه ويلازم .

(٦) ف ج ص ب : ضعيفا عن ملازمته .

[٧١٢] ولو أن رجلا في يديه جارية ادعى رجل نصفها انه ملكه ، أو[1] اشترى ذلك الشيء من الذى هى فى يديه ، وأقام على ذلك بينة ، وسأل القاضى أن يضعها على يدي عـدل ، الى ان يزكى[2] بينته ، فان القاضي لا يخرجها من يدي الذى هى فى يديه •

لأنه ادعى شركة فى الجارية ، ولو[3] ثبتت الشركة[4] في الجارية بأن زكيت[5] بينته ، وحكم له بالنصف وطلب من القاضى أن يزيلها من يده ،لم يفعل ذلك ، لكن[6] يأمرهما بالتهايؤ[7] ، قبل ظهور الشركة اولى ان لا يزيل يده عنها •

وينبني على هذا مسائل :

منها :

ان الجارية اذا كانت بين رجلين ، فجاء احدهما الى القاضى ، فقال : ايها القاضى ، ان شريكي ليس بمؤتمن ، أخاف ان يواقع هذه الجارية ، فضعها على يدي عدل فالقاضى لا يلتفت الى ذلك •

---

(١) جـ ص : أو أنه اشترى •

(٢) ب ص ف ج ل هـ : زكيت •

(٣) ف ج : ولم تثبت •

(٤) ب : شركة •

(٥) س : زكيت الشهود •

(٦) لفظة (لكن) ليست في ص •

(٧) ف ج س هـ : بالتهاني (وهو تصحيف) • ك ل : بالتهايي (وهو تخفيف للهمزة) والتهايؤ والمهايأة بالهمزة فى الدار ونحوها قال الشيخ نجم‌الدين النسفي هي: مقاسمة المنافع ، وهي ان يتراضى الشريكان ان ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذاك بذاك النصف، او هذا بكله في كذا من =

ومنها :

امرأة جاءت الى القاضى فقالت : ايها القاضى لست آمن على نفسي من زوجي أن يقربني في حالة الحيض ، فضعني على يدي عدل كلما حضت ، فان القاضى لا يلتفت الى ذلك ۰

ففي مسألتنا اولى ۰

لكن يأخذ من الذى [هى][1] في يده كفيلا بنفسه وبالمدعى به ۰

فان قال المدعى : لا آمن أن يستهلك ذلك ، فضعه على يدي عدل ۰ قيل له : لك[2] في الكفيل الذى يضمن عن الذى هو فى يده ثقة ، تأخذ[3] منه كفيلا مليئاً[4] ثقة بذلك الشيء ۰

[٧١٣] قال :

ولو أن رجلين تنازعا فى جارية ، وهى فى ايديهما[5] ، وكل واحد

=

الزمان وذاك بكله فى كذا من الزمان بقدر مدة الاول ، وقد تهايا . اى فعلا ذلك ، وهايأ فلان فلانا ، واصله من قولك هيأته فتهيأ اى اعددته فاستعد ، وهاء يهيء اذا تهيأ ، وهيئة الشيء قريبة من هذا (طلبة الطلبة ـ الاجارات ـ ص ١٢٧) ۰

(١) الزيادة من ل هـ ص ب ۰

(٢) ف ج م : هل فى الكفيل ۰ س : قيل كذلك فى الكفيل الذى يضمن عنه ذمته خذ منه كفيلا مليا ثقة ۰۰ ل : قيل له ذلك ۰۰ يأخذ ۰۰

(٣) ب ف ج هـ ض س : خذ ۰ ل : يأخذ ۰

(٤) ف ج ك : كفيلا دينا ثقة ۰

(٥) ب ص : فى ايديهما جميعا ۰

منهما يدعيها ، وزعم[1] انها له ، وحضر القاضي[2] ، فان القاضي يدعها[3] في أيديهما ، ويقول لكل واحد منهما : أقم البينة على دعواك •

لأنها اذا كانت في أيديهما ، فكل واحد منهما يمنع صاحبه من وطئها• فان تنازعا فيها الى ان يقيما بينة أمرهما القاضي أن يجمعا على رجل يضعانها[4] على يديه الى أن تقوم لهما بينة ؛ لكي تنقطع المنازعة •

فان أقام احدهما بينة على دعواه ، ولم يقم الآخر ، وضعها القاضي على يدي عدل ، الى أن يسأل [١٦٦ب] عن الشهود ، كما لو كانت الجارية كلها في يدي احدهما ، وادعى الآخر كلها ، وأقام على ذلك بينة ، وضعها القاضي على يدي عدل • كذلك ههنا •

[٧١٤] قال :

ولو أن رجلا ادعى نكاح امرأة كبيرة ، وهي تجحد ذلك ، فأقام بينة عليها ، وسأل القاضي أن يعزلها حتى يسأل عن شهوده ، فان القاضي لا يفعل ، لكن يأخذ له منها كفيلا •

لأن المرأة الكبيرة تحفظ نفسها ، وليست هي في يدي رجل يخاف عليها أن يطأها ، وكذلك لو كانت الجارية[5] بكرا في منزل ابيها ، فان القاضي لا يعزلها •

لأنه لا تهمة فيه ؛ فانما يعزل التي[6] هي مع رجل يطؤها •

والله تعالى اعلم

---

(١) ب : يزعم •

(٢) قوله (وحضر القاضي) ليس في س •

(٣) ل : يضعها • ب : وضعها •

(٤) هـ : يضعها على يديه •

(٥) ب ك : جارية •

(٦) ف ج م : التي مع رجل •

الباب الثاني والخمسون

في الرجل الذي يدعي الشيء في يد رجل من الرقيق والمتاع والعقارات[1] وله بينة[2] على ذلك

[٧١٥] قال :

ولو أن رجلا ادعى جارية في يدي رجل ، أو غلاما ، أو دابة ، أو عرضا من العروض التي تنقل وتحول ، واراد استحلافه على ذلك الشيء ، فان القاضي يأمر المدعى عليه باحضار ذلك الشيء ، ثم يحلفه على دعوى المدعي .

لأن المدعي يحتاج في الدعوى الى الاشارة الى ذلك الشيء ، ولا يمكنه الاشارة اليه ، الا أن[3] يكون حاضرا في مجلس[4] القاضي ، فيكلف احضاره .

والقضاة كلهم كانوا على هذا ؛ حتى كانت تقاد البهائم الى المساجد[5] . فبعد ذلك بعضهم تعاملوا القيام[6] اليها ، وبعضهم[7] تعاملوا ادخالها

---

(١) ف ج ص : والعقار . س : في من يدعي الشيء من الرقيق والعقارات .

(٢) ف ج ك : وله يد على ذلك . وقد سقطت من هـ .

(٣) س ك ل : الا وان .

(٤) هـ : مجلس القضاء .

(٥) ص : حتى لو كانت دابة تقاد الى المساجد .

(٦) س : الى المساجد وكان بعضهم يقوم اليها .

(٧) س : وبعضهم يدخلها المسجد .

في المسجد ؟ فان[1] ادخال الدابة في المسجد عند وقوع الحاجة اليه جائز؟ ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم « طاف بالبيت على ناقته ، وجعل يستلم الاركان بمحجنه »[2] ، والصحابة رضوان الله عليه لم يمنعوا الدواب من الطواف بالبيت ، حتى الكلاب ٠

---

(١) س : لأن ادخال الدابة المسجد عند وقوع الحادثة الى ذلك جائز ٠

(٢) حديث « ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت على ناقته وجعل يستلم الاركان بمحجنه » متفق عليه من حديث ابن عباس اذ رواه البخارى فى الحج من صحيحه عن احمد بن صالح ويحيى بن سليمان قالا: حدثنا ابن وهب ، قال : اخبرني يونس عن ابن شهاب عن عبيدالله بن عبدالله عن ابن عباس رضي الله عنهما قال طاف النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن (صحيح البخارى : ١٩٢/١) (وعمدة القارى ٢٥٢/٩ رقم ١٩٩) ورواه الامام مسلم في الحج عن ابي الطاهر وحرملة بن يحيى قالا : اخبرنا ابن وهب وساق اسناده الى ابن عباس (صحيح مسلم : ٩٢٦/٢ رقم ٢٥٣) ورواه عن جابر قال « طاف رسول الله (ص) بالبيت فى حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه ٠٠٠ » (صحيح مسلم ٩٢٦/٢ – ٩٢٧ رقم ٢٥٤ ، ٢٥٥) وعن عائشة (٩٢٧/٢ رقم ٢٥٦ ، ٢٥٧) وانظر صحيح مسلم بشرح النووى ١٨/٩–١٩) ورواه النسائى ايضا عن ابن عباس في الحج وغيره (سنن النسائي : ٢٣٣/٥) وابن ماجة عن ابن عباس وعن صفية وعن ابي الطفيل عامر بن واثلة (سنن ابن ماجة – كتاب المناسك : ٩٨٢/٢ – ٩٨٣ رقم ٢٩٤٧ – ٢٩٤٩ الباب رقم ٢٨) وابو داود عن ابن عباس وصفية وعامر وجابر (سنن ابى داود – المناسك : ١٧٦/٢ – ١٧٧ رقم ١٨٧٧ – ١٨٨١) وانظر جامع الاصول : ٢٩/٤ – ٣٢ رقم ١٤٦٨ – ١٤٧٢) ورواه الامام احمد (المسند ٢١٤/١ ، ٢٣٧ ، ٢٤٨ ، ٣٠٤ ، ٤١٣/٣ ، ٤٥٤/٥) ٠

=

[٧١٦] قال :

وكذا ان أحضر المدعي بينة على أن ذلك له ، يأمر القاضي المدعى عليه باحضار ذلك الشيء ، حتى يشهد الشهود على عين ذلك الشيء ان كان قائما .

لأن الشهود يحتاجون في [١٦٧آ] الشهادة الى الاشارة الى ذلك الشيء [ان كان قائما][١] ، ولا يمكنهم الاشارة اليه الا أن[٢] يكون حاضرا فى مجلس القضاء . فاذا[٣] احضر شهد الشهود .

وههنا خمسة[٤] فصول :

[الفصل] الاول : اذا[٥] شهدوا وقالوا : نشهد أن هذا له ، ولم يقولوا نشهد أن هذا ملكه ، يجوز[٦] ، ويقضى [له][٧] به .

=

والمحجن قال ابن الاثير فى مادة حجن : فيه حديث « انه كان يستلم الركن بمحجنه » المحجن عصا معقفة الراس كالصولجان ، والميم زائدة (النهاية فى غريب الحديث والاثر : ٣٤٧/١) وانظر جامع الاصول (شرح غريب الحاء : ٣٨٠/٤) وفيه ان الاستلام افتعال من السلام وهو التحية .

(١) الزيادة من س .

(٢) ك ل : الا وأن .

(٣) ك وسائر الاصول : حضر والتصحيح من ص .

(٤) ك ف ج : خمس .

(٥) ل : فى ما اذا .

(٦) ل : فانه يجوز .

(٧) الزيادة من ل .

لأن اللام في مثل هذا للملك[1] ، فصار كأنهم قالوا نشهد ان هذا ملكه[2] .

والفصل الثاني : اذا[3] شهدوا وقالوا : نشهد انه مالك لهذا ، يجوز[4] ، ويقضى [له][5] به .

والفصل الثالث : اذا[6] شهدوا على اقرار الذى ذلك الشيء في يديه ، أنه أقر أن هذا الشيء للمدعي يجوز ، ويقضى [له][7]به .

والفصل الرابع : لم يذكره[8] صاحب الكتاب ، وهو ان المدعى لو ادعى عليه أنه أقر أن هذا الشيء له فمره[9] بالتسليم الي ، ولم يدع انه ملكي ، [فقد] اختلف العلماء فيه :

قال بعضهم : القاضى لا يسمع دعواه ، ولا يأمره بالتسليم اليه .

وقال عامة العلماء : يسمع ويأمره بالتسليم اليه ، اذا ثبت ذلك عنده .

اما وجه قول اولئك[10][فهو][11]أن الاقرار خبر ، والخبر يحتمل الصدق والكذب ، وانما وجب الملك اذا كان صادقا . اما اذا كان كاذبا

---

(1) في حاشية ك وفى ب : للتمليك .

(2) قوله : يجوز ويقضى له به ... الى هنا ليس فى س .

(3) ل : فى ما اذا ..

(4) ل : فانه يجوز .

(5) الزيادة من ل .

(6) ل : فيما اذا شهدوا .

(7) الزيادة من ل .

(8) ف ج ص : لم يذكر .

(9) ف ج ك : يرده .

(10) س : اولئك البعض . هـ ب : وجه اولئك .

(11) الزيادة من ل .

فلا ، فالمدعي[١] بقوله أقر[٢] انه لي لا يصير مدعيا للملك ، وما لم[٣] توجد دعوى الملك لا يقضي له بالملك •

وجه قول عامة العلماء ان الدعوى تعتبر بالشهادة ، وقد ذكرنا أن الشهود لو شهدوا أن المدعى عليه أقر ان هذا الشيء[٤] المدعى [بـه] للمدعي ، فان القاضي يقبل شهادتهم ، وان لم يشهدوا انه ملكه ، فكذا المدعي اذا ادعى عليه انه أقر بهذا لي ، ولم يقل هذا ملكي •

والفصل الخامس : اذا[٥] شهد شهود انه له ، او انه هو يملكه[٦] منذ عشرين سنة ، او شهدوا على أقـل من هـذا الوقت ، او اكثر ، فهـو سواء ، يحكم به للمدعي •

لأن الشهود لا يحتاجون في شهادتهم الى التاريخ ، لكن مع هذا اذا شهدوا فالقاضي يسمع ذلك منهم ، ويذكر في السجل القضاء بالملك من ذلك التاريخ ؛ لأنهم شهدوا بالملك المؤرخ ، والقاضي[٧] ايضا يقضي بالملك المؤرخ ، ولا يحتاج الشاهدان أن يقولا لا نعلم انه باع ذلك [١٦٧ب] ولا وهبه •

لأن ملكه لما ثبت في ذلك الوقت يبقى الى أن يوجد [الدليل][٨]

---

(١) هـ : فان المدعي •

(٢) قوله (أقر) ليس في س •

(٣) ص : ولم توجد (بسقوط ما) •

(٤) ب س ل : ان هذا الشيء للمدعي فان القاضي •••

(٥) ل : فيما اذا شهد الشهود •

(٦) س : وانه ملكه • ل : او انه ملكه •

(٧) ص : والقاضي ايضا يسمع ذلك منهم ويذكر في السجل ايضا بالملك المؤرخ •

(٨) الزيادة من ل س ب •

المزيل ، الا اذا ادعى المدعى عليه ذلك ، وأثبت ذلك بالبينة[(١)] يقبل[(٢)] ذلك منه ، وان لم تكن له بينة ، وادعى على المدعى ، فان للقاضى ان يحلفه بالله ما بعته ولا وهبته .

[٧١٧] قال :

ولو ادعى داراً في يدي رجل ، او حانوتا ، او أرضا ، او شيئاً من العقارات ، وأحضر على ذلك بينة ، ان ذلك له ، وحدد الشهود بحدود اربعة ، وشهد الشهود ان ذلك فى يد المدعى عليه ، وانه[(٣)] لهذا المدعى قبل الحاكم [ذلك][(٤)] وقضى به للمدعي .

وكذلك ان شهدوا ان هذا مالك لهذه[(٥)] منذ سنة او سنتين ، او أكثر من ذلك .

لأن اعلام المدعى به فى الدعوى ، والمشهود به في الشهادة شرط صحة القضاء ، والاعلام بأقصى ما يمكن[(٦)] في العقار انما يكون بالتحديد .

لأن النقل [فيه][(٧)] لا يتصور ، فقلنا بانه يبين أولا البلدة التى فيها

---

(١) س : الا اذا ادعى عليه ذلك واثبته بالبينة . وقد سقطت هذه هذه العبارة من ج .

(٢) ب ص : يقبل منه .

(٣) س : وان .

(٤) ف ج ك م : قبل الحكم وقضى ... والتصحيح والزيادة من س ل هـ ب ص .

(٥) هـ : لهذا .

(٦) هـ : ما يملك .

(٧) الزيادة من ل . وقوله : (لان النقل لا يتصور) سقط من س واضيف بعد سطر فيه .

الدار ، ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ، ثم يبين حدود الدار •

لأن الاعلام بأقصى ما يمكن هذا ؛ وهو أن يبين اولا الاسم العام ، ثم ما هو الاخص به •

ثم شرط صاحب الكتاب ان يشهد الشهود ان ذلك في يد المدعى عليه ، او يأتي المدعى بشهود غيرهم يشهدون ان ذلك في يد المدعى عليه •

ذكر صاحب الكتاب [هذا][1] في آخر الباب ، حتى يجوز الحكم ، ولم يشترط ذلك في المبسوط ، وانه شرط ، لكن توسع في المبسوط •

وبين صاحب الكتاب • حتى [انه][2] لو أقر المدعى عليه ان العقار الذى وقع فيه الدعوى في يدي ، فالقاضي لا يلتفت الى ذلك ما لم يشهد[3] الشهود ، أن هذا المحدود[4] في يده •

فرق بين العقار وبين المنقول ، فان الدعوى اذا كانت في المنقول لا يشترط في الشهادة أن يشهدوا ان هذا الشيء في يده ، بل اذا أقر المدعى عليه ان ذلك في يدي يكفى[5] •

والفرق ما أشار اليه صاحب الكتاب في آخر الباب أن المنقول لا يخلو : اما أن يكون قائما ، او مستهلكا في يد المدعى عليه [١٦٨ آ] •

فان كان قائماً فلابد من الاحضار ، ومتى أحضر فالقاضي يعاين انه في يديه •

---

(١) الزيادة من هـ ص ب •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ص : يشهدوا الشهود •

(٤) ف : الحدود (وهو تصحيف) •

(٥) ل : ان ذلك في يدى فانه ملكى •

وان كان مغيبا ، وقال المدعى عليه[1] : هلك في يدي ، او استهلك في يدي ، فقد أقر بوجوب الضمان على نفسه ، واقرار الانسان على نفسه صحيح •

واما العقار [فانه][2] تتمكن فيه تهمة المواضعة ، وهو ان المدعى ربما واضع رجلا ليقر بذلك ، فيقضى القاضي عليه ، ويكون ذلك استحقاقا عليه وعلى غيره ، والعقار فى الحقيقة فى يد غيره ، فيثبت الاستحقاق على صاحب اليد ، فلابد ان يشهدوا أن ذلك في يده •

فان لم يشهدوا بذلك ، لكن علم الحاكم ان ذلك فى يده ، تقبل الشهادة • وان لم يشهدوا انه فى يده ، لأن يده ثبتت عند القاضى ، فان لم يشهدوا بذلك ، ولم يعلم الحاكم بذلك ، وقال المدعى عليه ؛ هذا الشيء ليس فى يدي ، فقال المدعى : انا اقيم بينة عدولا غير هؤلاء يشهدون أن هذا الشيء في يدي فلان المدعى عليه ، فان القاضى يقبل ذلك منه ، ويحكم بذلك له •

لأن الحاجة الى القضاء[3] بالملك للمدعي وباليد للمدعى عليه •

ولا فرق بين ان يثبت هذين الامرين بشهادة فريق واحد ، وبين ان يثبت كل امر بشهادة فريق على حدة •

[٧١٨] قال :

فان لم يشهد به الشهود على حدود اربعة ، وشهدوا على ثلاثة حدود ، وقالوا الحد الرابع لا نعرفه قبل الحاكم ذلك ، وقضى به للمدعى •

---

(١) من قوله : فان كان قائما فلابد من الاحضار ••• الى هنا ليس فى ص •

(٢) الزيادة من ل وفى س : فيمكن •

(٣) هـ : الى القاضي •

وهذا استحسان اخذ به علماؤنا[١] •

والقياس ان لا يقبل ، وبه اخذ زفر رحمه الله •

وان شهدوا على حدّين لا غير لا يقبل[٢] ذلك ، ولا يحكم به •

وروي عن ابي يوسف انه يقبل ذلك ويحكم به •

واختلف المشايخ فيه :

ذكر الشيخ[٣] الامام ابو الحسن علي بن الحسين السغدي في شرح هذا الكتاب قال :

قال مشايخ بلخ : انما يقبل اذا شهدوا على حدين متقابلين يصير ما بينهما معلوما ؟ بان شهدوا على حد اليمين واليسار • اما اذا شهدوا على حدي[٤] اليمين والمغرب او حد اليسار والمشرق فانها لا تقبل عند ابي يوسف •

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله رواية عن ابي يوسف فيما اذا شهدوا على حدين احدهما [١٦٨ب] طولا والاخر عرضا ، على عكس ما قاله القاضي الامام •

وان شهدوا على اربعة حدود ، وغلطوا في حدّ واحد ، اختلف المشايخ فيه •

والصحيح انه لا يقبل •

---

(١) ص : علماؤنا الثلاثة •

(٢) ص : وان شهدوا على حدين لا يقبل ذلك • س : لم يقبل ذلك ولم • ص : لا يقبل ذلك ولم يحكم •

(٣) اضاف مصحح ك الى العبارة كلمة فقال : ذكر الشيخ القاضي الامام •

(٤) ب : على حدين حد اليمين •

لأنهم اذا غلطوا صار المشهود به شيئاً آخر ، فكان ذلك شهادة بغير ما ادعى •

اما اذا تركوا ما صار المشهود به شيئاً آخر ، ونظير هذا ما لو شهد الشاهدان بالبيع ، وقبض المبيع ، وتركوا ذكر الثمن ، جاز •

ولو غلطوا فى الثمن لا يجوز كذا هنا •

وحق هذه المسائل كتاب ادب القاضى لمحمد والشروط والشهادات •

[٧١٩] قال :

فان قال الشهود للقاضي : نشهد ان الدار فى موضع كذا ، ونحن نقف على حدودها ، ونمشي عليها ، ونعرفها ، لهذا الرجل ، وفى ملكه ، ولكنا لا نعرف اسماء حدودها قبل ذلك ، واذا اراد أن يحكم بذلك للمدعى بعث بالشهود ليمشوا على الحدود ، ويقفوا عليها ، ويبعث المدعي بجماعة معهما من الشهود ، حتى يقفوا على الحدود بحضرتهم ، ويقولوا : هذه حدود الدار التى شهدنا بها لهذا ، وهى هذه الدار ، وهذه حدودها ، ثم يأتون القاضي ، فيشهدون [ويشهد](١) اولئك الذين حضروا مع الشاهدين على اسماء الحدود ، فيحكم(٢) للمدعى على المدعى عليه بهذه الدار التى شهد بها هذان الشاهدان ، ووقفا على حدودها •

وكذلك الضيعة ، والحانوت ، وجميع العقارات ، فهي على ما وصفنا لك •

[٧٢٠] قال :

---

(١) الزيادة من ل •

(٢) ل : ليحكم •

ولو لم يعرف الشهود الحدود ولا سموها[1] ، وكانت الدار مشهورة باسم رجل مثل دار عمرو بن الحـارث[2] بالـكوفة ، ومثل دار الزبير بالبصرة ، فشهدوا بها لانسان ، ولم يذكروا الحدود ، لم يقبل الحـاكم ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله ، وقبل عندهما •

وعلى هذا الخلاف الضيعة اذا كانت مشهورة شهرة قد بانت وظهرت عند الناس •

واجمعوا ان الرجل اذا كان مشهورا يستغنى عن ذكر الاســم والنسب •

وحق [١٦٩آ] المسألة ما ذكرنا من الكتب[3] •

[٧٢١] ثم اعاد المسألة وقال :

وان شهد[4] الشاهدان ان الدار التي بالكوفة فى محلة بني فـلان تلاصق[5] دار فلان بن فلان الفلاني ، مما يلي كذا وكذا ، وقالوا : هي بين دار فلان بن فلان الفلاني ، وبين دار فلان بن فلان الفلاني ، وهي الدار التى فى يد فلان بن فلان الفلاني هذا ، هي لفلان بن فلان الفلاني[6] هذا المدعي ، وفي ملكه ، وقالا : نسرف[7] حدودها ولا نقف عليها ، فقال

(١) ك ف ج : يسموها •

(٢) ج : عمر بن الخطاب (وهو سهو) ف ك : عمر بن الحارث •

(٣) ف ج ص : في الكتب • ل : من النسب •

(٤) ف ج ك م : : وان شهد احدهما على ان الدار •

(٥) س : لصق • ف : ملاصق •

(٦) العبارة من قوله مما يلي كذا وكذا وقالوا هي ••• الى هنـا ليست في ج هـ •

(٧) ج ص س م : وقالا لا نعرف •

المدعي : آتيك بشهود آخرين يعرفون حدودها ، ويعرفون أن حدّها كذا وحدها كذا ، فأتى بشاهدين فشهدا بأن حد هذه الدار ينتهي الى كذا ، والثاني ينتهي الى كذا ، والثالث ينتهي الى كذا ، والرابع ينتهي الى كذا ، اختلفت النسخ[1] في جواب هذه المسألة .

فقد ذكر[2] في بعض النسخ انه يقبل ويحكم به كما في المسألة الاولى .

وذكر في بعض النسخ انه لا يقبل ولا يحكم بهذه الدار للمدعي .

لأن الشهادة الاولى بدون الشهادة الثانية ليست بحجة ، فصار وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ، بخلاف الاولى[3] .

وكذا الضيعة ، والقرية ، والحانوت ، وجميع العقارات ، فهي على هذا .

[٧٢٢] قال :

ولو ادعى رجل جارية في يدي رجل ، او غلاما ، او دابة ، او عرضا من العروض ، أو دارا ، أو ضيعة ، أو عقارا ، والذي في يديه ينكر دعواه ، ويزعم انه له ، فاحضر[4] المدعي شهودا ، فشهدوا ان ذلك الشيء كان في يدي هذا المدعي أمس . او قالوا منذ شهر ، او منذ سنة ، فان القاضي لا يحكم به للمدعي .

وهذا ظاهر الرواية[5] .

---

(١) ف ج هـ : اختلف المشايخ .

(٢) ف ج ص : وذكر .

(٣) ف ك : الاول .

(٤) س : فاذا أحضر .

(٥) س : وهذا ظاهر (بسقوط لفظة الرواية) .

وروى اصحاب الامالي[1] عن ابي يوسف : انه يقبل هذه البينة ، ويأمر المدعى عليه بالتسليم الى [يد][2] المدعى •

وجه تلك الرواية ان الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالاقرار •

ولو أقر المدعى عليه ان العين كانت في يد المدعى أمس ، يؤمر بالاعادة الى يد المدعي ، فكذا اذا ثبت بالبينة •

وفى ظاهر الرواية فرق بينهما •

وجه الفرق : ان الاقرار حجة موجبة بنفسها ، لا تحتاج الى قضاء القاضي ، فثبت بنفس الاقرار [١٦٩ب]كون العين فى يد المدعي ، وانها وصلت اليه من جهته ، فاذا كان كذلك وجب عليه التسليم اليه حتى يثبت لنفسه[3] بعد ذلك الاستحقاق •

فأما البينة فلا توجب الحكم بنفسها ، فيحتاج الى القضاء ، وقد تعذر القضاء بهذه البينة ؛ لأنه لا يمكن القضاء[4] باليد فى الحال ؛ لأن الشهود ما شهدوا باليد فى الحال ، ولا يمكن القضاء باليد فى ما مضى ؛ لان تلك اليد زائلة فى الحال ، فتعذر القضاء باليد[5] بهذه البينة •

[٧٢٣] قال :

---

(١) ك ل : الاملاء • س : وروى اصحاب الامام ابى يوسف • هـ : عن ابي حنيفة •

(٢) الزيادة من س ل ب •

(٣) س : حتى يثبت بنفسه • ف ج : حتى يثبت بالبينة • هـ : حتى تثبت بينته بعد ذلك •

(٤) من قوله باليد فى الحال ••• الى هنا ليس فى س •

(٥) العبارة من قوله : فى ما مضى لان تلك اليد زائلة ••• الى هنا ليست فى ف ج م •

وكذلك المدعى ان اقام شاهدين على اقراره أن العين كانت في يد المدعى أمس تقبل ·

لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ·

[٧٢٤] قال :

وكذلك لو شهدوا أن هذا[١] العين كان في يد المدعي ، وان المدعى عليه أخذهمنه ، او غصبه اياه ، او انتزعه منه ، او أخرجه من الدار ، او أبق العبد من يده ، فأخذه هذا ، او أرسله في حاجة ، فأخـذه هـذا ، فأودعه[٢] عند هذا المدعى عليه ، او أعاره اياه ، فانه يقبل ذلك ، ويحكم به ، وان لم يشهدوا على ملكه ·

لأنه ثبت[٣] بهذه الشهادة الوصول اليه من جهة المدعي ، فيجب[٤] عليه الاعادة الى يد المدعى ، حتى يظهر استحقاقه ·

[٧٢٥] ثم ذكر بعد هذا مسائل قد ذكرناها من قبل ·

[٧٢٦] قال :

وان ادعى انه اشترى دارا من هذا الرجل ، او قرية ، او ضيعة ، ولم يحدد ذلك ، فأقر المدعى عليه بذلك ، واتفقا على حدود ذلك ، فان القاضي يحكم على المدعى عليه بذلك[٥] باقراره ·

لأن اقرارهما حجة على انفسهما ·

---

(١) ص : ان هذه العين كانت ·· اخذه ·· غصبه ··· انتزعه وما اثبتناه عن الاصل ك وسائر النسخ ·

(٢) ف ج س ص : او اودعه ·

(٣) ف ج ل : يثبت ·

(٤) ل : ليجب ·

(٥) قوله (بذلك) ليس في ص ·

[٧٢٧] فان أقرا[١] بالشراء واختلفا في الحدود ، فقال المدعى : هذه حدودها ، وقال المدعى عليه : لا بل هذه حدودها ، والتي أقر بها المدعى عليه أقل مما ادعى المدعي ، وليس للمشترى شهود يعرفون حدوده[٢] فانهما يتحالفان ، ويترادان •

لأن[٣] هذا اختلاف[٤] في مقدار المعقود عليه ، وذا يوجب التحالف بالنص •

[٧٢٨] قال :

وكذلك لو شهد شهود [١٧٠ آ] على اقرارهما بالشراء ، ولم يسميا حدودا ، فان اتفقا[٥] على حدود[٦] أنفذ ذلك عليهما ، وان اختلفا في الحدود ، وليس للمشتري شهود يعرفون الحدود تحالفا على ذلك ، وتناقضا البيع •

لأنه ثبت[٧] الشراء بالشهادة ، فبقي الاختلاف في مقدار المعقود عليه ، وذا يوجب التحالف بالنص •

واذا تحالفا ، فالقاضي لا ينقض البيع بينهما حتى يسألا القاضي ؛ لجواز أن يرجع احدهما الى تصديق صاحبه •

فان ابى المشترى اخذ ذلك على ما قال البائع ، ولم يرجع الى تصديق

---

(١) ل : أقر بالشراء فاختلفا •

(٢) قوله (يعرفون حدوده) ليس في ب •

(٣) ل : فان

(٤) ص : الاختلاف •

(٥) ف هـ : فاتفقا •

(٦) ف ج ص : على حدودها •

(٧) ل ف ج : يثبت •

البائع[1] ، وطلب البائع نقض ذلك ، فان القاضي ينظر فى ذلك ، ويتأنى . فان كان للمشتري حجة أثبت بها دعواه ، والا نقض البيع .

[٧٢٩] قال :

وكذلك لو احضر المشتري كتاب شراء بحقه على البائع ، فشهد الشهود على اقرارهما جميعا بذلك الشراء ، وفيه تسمية الحدود ، فان القاضى يلزم البائع ذلك ، ويأمره[2] بتسليمه الى المشترى .

فان اختلفا فى الحدود تحالفا ، وتناقضا البيع ، الا أن يأتى المشتري بينة تشهد على الحدود التى يدعي .

فان أتى على ذلك بينة ألزم القاضي البائع ما شهدت به الشهود ، فأمره[3] بتسليمه الى المشتري .

[والله تعالى اعلم]

* * *

---

(١) قوله : (ولم يرجع الى تصديق البائع) ليس فى ب .

(٢) فى حاشية ك : ويأخذ له ويأمره بتسليمه . س : ويأخذه فيسلمه .

(٣) في حاشية ك : واخذه فأمره . س : واخذه وسلمه . ب ل : واخذه بتسليمه .

الباب الثالث والخمسون

في الرجلين يدعيان الشيء كل واحد منهما يدعيه كله ويقيم البينة أنه لـه وليس هو في يد واحد منهما

[٧٣٠] ذكر عن تميم[١] بن طرفة أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ناقة ، وليست[٢] في يد واحد منهما ، فأقام كـل واحد منهما البينة انها ناقته ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين[٣] .

وبه نأخذ ؛ أن رجلين لو تنازعا في عين في يد ثالث ، وأقاما البينة

---

(١) ب : غنم وما اثبتناه عن الاصل ك وسائر الاصول وعن كتب التخريج ، وعن تقريب التهذيب وفيه انه تميم بن طرفة الطائي المسلي ثقة من الثالثة توفى سنة خمس وتسعين (١/١١٣ رقم ١٢) .

(٢) هـ : ليست (بسقوط الواو) .

(٣) حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صـلى الله عليه وسلم ... الى آخره رواه عبدالرزاق الصنعانى اخبرنا اسرائيل قال : اخبرنا سماك بن حرب انه سمع تميم بن طرفة الطائي يقول : جاء رجلان الى النبي صلى الله عليه وسلم يدعيان جملا فاقام كل واحد منهمـا شهيدين انه نتجه وانه له فقضى به بينهما . (المصنف : ٨/٢٧٦ رقـم ١٥٢٠٣) ورواه البيهقي عنه ايضا (السنن الكبرى : ١٠/٢٥٩) ورواه الحاكم عن ابي موسى الاشعرى (المستدرك ٤/٩٥) وصححه الذهبي فى تلخيصـه ، وفي الباب احاديث كثيرة عن ابى هريرة وجـابر بن سمرة وغيرهما (نصب الراية : ٤/١٠٩) والدراية (٢/١٧٨ رقم ٨٤٥) .

يقضى[1] بالعين بينهما نصفين .

وللشافعي رحمه الله فيه ثلاثة اقوال :

في قول : مثل قولنا .

وفي قول : يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته يقضى بالملك له .

[١٧٠ ب] .

وفي قول : تهاترت البينتان . ثم على هذا القول له قولان :

انه هل تترك العين في يد المدعى عليه ؟

في قول : تترك .

وفي قول : تخرج وتمسك الى ان تتبين مستحقة[2] .

وحق المسألة كتاب الدعوى .

[٧٣١] ذكر حديث ابي الدرداء رحمه الله أن رجلين اختصما الى ابي الدرداء في فرس ، فأقام كل واحد منهما شاهدين[3] ؛ أنه نتجه[4] ، لا نعلم انه باعه ، ولا وهبه ، فقضى به ابو الدرداء بينهما نصفين ، وقال : ما أحوج هؤلاء الى سلسلة بنى اسرائيل ؟ كان داود عليه الصلاة والسلام اذا جلس يقضى بين الناس نزلت السلسلة[5] ، فأخذت بعنق الظالم .

وقصة السلسلة قد مرت في صدر الكتاب[6] ، لكن صاحب الكتاب

---

(١) س : فيقضى .

(٢) س : يتبين المستحق . ص يتبين مستحقها .

(٣) س : شاهدى عدل .

(٤) ف ج م : انها نتجت . هـ : أنه نتجت .

(٥) ف ج ك ب : تدلت السلسلة وما اثبتناه عن النسخ الاخرى وعما سيشرحه الشارح بعد قليل . وفى ل هـ : نزلت سلسلة .

(٦) قوله : قد مرت فى صدر الكتاب ، قلت مر ذلك فى الجزء الاول ص ٣٧٤ ضمن الفقرة ٢٥٧ . وحديث ابى الدرداء ان رجلين اختصما اليه فى فرس ... الى آخره رواه اسحق بن راهويه فى مسنده ، اخبرنا =

روى ههنا على رواية أخرى وقال :

نزلت فأخذت بعنق الظالم ٠

لكن مشايخنا اخذوا بتلك الرواية لا بهذه الرواية ٠

في الحديث دليل على انه يقضي بالعين بينهما نصفين ٠

[٧٣٢] ذكر عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اختصم اليه قوم ، فاستوت بيناتهم في العدد والعدالة ، فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم [بينهم][١] فقال : « اللهم انت تقضي بينهم » ثم قضى لمن خرج سهمه[٢] ٠

وكيع ، ثنا سفيان ، عن علقمة بن مرثد عن عبدالرحمن ابن ابي ليلى ، قال جاء رجلان يختصمان الى أبي الدرداء في فرس اقام كل واحد البينة انها نتجت عنده فقضى به بينهما نصفين ثم قال : ما احوجكما الى مثل سلسلة بني اسرائيل كانت تنزل فتأخذ عنق الظالم نصب الراية : (٤/١١٠) ، الدراية (٢/١٧٩ ضمن الرقم ٨٤٥) ورواه عبدالرزاق عن الثوري عن علقمة بن مرثد عن عبدالرحمن بن ابى ليلى عنه (المصنف ٨/٢٧٦ ـ ٢٧٧ رقم ١٥٢٠٤) ورواه البيهقي : (السنن الكبرى : ١٠/٢٦٠) ووكيع (اخبار القضاة : ٣/١٩٩) ٠

(١) الزيادة من ل هـ ص ب ٠

(٢) حديث سعيد بن المسيب ان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) اختصم اليه قوم فاستوت بيناتهم ٠٠٠ الى آخره رواه عبدالرزاق عن الاسلمي عن عبدالرحمن بن الحارث عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الشهود اذا استووا اقرع بين الخصمين (المصنف : ٨/٢٧٩ رقم ١٥٢١١) ورواه الطبراني في معجمه الوسط بسنده الى سعيد ابن المسيب عن ابى هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء كل واحد منهما بشهود عدول وفي عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اللهم اقض بينهما (نصب الراية : ٤/١٠٨) والدراية : (٢/١٧٨ رقم ٨٤٤) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ١٠/٢٥٩) عن سعيد ٠

فهذا الحديث حجة للشافعي رحمه الله في استعمال القرعة ٠

والجواب : ان هذا كان في الابتداء حين كان القمار مشروعاً ؛ فان القمار لم يكن حراماً فى شريعة من قبلنا ، ثم صار حراماً في شريعتنا ٠

[٧٣٣] ذكر عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه كان يقضي في الشهادة[١] اذا كانوا سواء انه يقرع بينهم أيهم يحلف ٠

وكان هذا مذهبا لعلي رضى الله عنه ، أنه كان يحلف الشاهد والمدعي اذا أقام المدعي البينة ، ولسنا نأخذ بهذا ٠

وقوله : يقضى انه يقرع بينهم ايهم يحلف معناه : اذا تشاحا على الحلف ؛ بأن[٢] اختلفا فى البداية باليمين يقرع[٣] بينهم ٠

[٧٣٤] ذكر عن عمرو بن شعيب ، عن ابيه عن جده ، أن عبدالله بن عمرو[٤] أقرع بين قوم في امرأة من بنى سعد [١٧١آ] بن بكر ، ثم من[٥] بنى عوف[٦] حين اعتدلت البينة ، أنكحها اخواها فى يوم واحد وهى غائبة ٠

معناه انهما زوجاها بوكالتها[٧] ، زوجها كل واحد منهما[٨] من رجل لا يعلم من السابق منهما ٠

---

(١) س : الشهود ٠

(٢) ل : أن ٠

(٣) ل : يقرع باليمين ٠

(٤) ف ج م : عمر ٠

(٥) ب : ومن ٠

(٦) س ف ج م هـ : عريب ، ص : عرين ٠ وما اثبتناه عن ك ل ٠

(٧) ص : بوكالتهما ٠

(٨) (منهما) سقطت من هـ ٠

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

والمذهب عندنا ان نكاحهما جميعا[1] باطل •

وللشافعي ثلاثة أقوال •

فكان هذا الحديث حجة[2] على ذلك القول ، انه يقرع بينهما •

[٧٣٥] ذكر عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، أن ناساً من بني سليم[3] اختصموا فى معدن الى[4] مروان ، وهو أمير المدينة ، فجاءت احدى الطائفتين بمثل ما جاءت به الاخرى ، فأمر[5] مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم ، اى الطائفتين تحلف ، فحلفت[6] احدى الطائفتين ، فقضى لهم بالمعدن[7] •

في الحديث دليل على أن المعدن مملوك حتى تسمع[8] فيه الخصومة •

[٧٣٦] ذكر عن عبدالله بن الزبير انه أقرع بين من صلى من رقيق[9]

---

(١) قوله (جميعا) ليس فى هـ •

(٢) س : حجة على قوله بالقرعة • ل : حجة له على ذلك •

(٣) ف ج ك ل س : من بنى سلهم • وما اثبتناه عن ب ص وعن المصنف •

(٤) هـ ف ص : الى ابن مروان •

(٥) هـ ف ص : فأمر ابن مروان •

(٦) ف ج ص : فحلف •

(٧) حديث هشام بن عروة عن ابيه أن ناسا من بنى سليم اختصموا فى معدن ••• الخ رواه عبدالرزاق عن ابن جريج قال : اخبرنا هشام بن عروة عن عروة بن الزبير اخبرهم ان ناسا من بني سليم اختصموا في معدن الى مروان بن الحكم وهو امير بالمدينة يومئذ فأمر مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم ايهم يحلف فطار السهم على احدى الطائفتين فاحلفهم ابن الزبير فحلفوا فقضى لهم بالمعدن وذلك ان الشهود استووا فلم يدر بأيهم يأخذ • (المصنف : ٢٧٩/٨ ـ ٢٨٠ رقم ١٥٢١٣) •

(٨) س : حيث سمع •

(٩) س : رقيق خيبر اعتقهم •

حين اعتقهم بعده[1] ، وكانت البينة قد اختلفت فى الاسماء ، واجتمعت في العدد •

وقوله : من صلى ، اى من بلغ ، يقال : عبيد فلان يصلون ، اى قد ادركوا ، وصلى بنو فلان ، اى ادركوا •

[و][2] جميع ما أورد صاحب الكتاب من اخبار[3] القرعة لسنا نأخذ[4] به •

[٧٣٧] ذكر عن حنش[5] بن معتمر ، أن رجلين ادعيا بغلة ، فجاء احدهما بشاهدين ، وجاء الآخر بخمسة ، فقال علي رضى الله عنه ، ان[6] فيها قضاء وصلحاً ، اما الصلح ، بأن تباع البغلة ، فيعطى هذا خمسة اسهم ، وهذا سهمين ، وأما القضاء فانه يستحلف كل واحد من الخصمين ، فان تشاحا في اليمين أقرعت بينهما ، ثم استحلف الذي قرع ، وذهب بالبغلة[7] •

---

(١) ص : بعدد•

(٢) الزيادة من ب ص س ل هـ •

(٣) ك اختيار •

(٤) س : لا نأخذ •

(٥) ك ف ج : عن حبيش ، س : حيدرة المعتمر ب : حيدر بن المعتمر •

(٦) س : ان بها •

(٧) حديث حنش بن المعتمر ان رجلين ادعيا بغلة ••• الى آخره رواه عبدالرزاق الصنعاني ، اخبرنا اسرائيل عن سماك بن حرب عن حنش ابن المعتمر عن علي قال : جاءه رجلان يختصمان فى بغل ، فجاء احدهما بخمسة يشهدون انه نتجه ، وجاء الآخر بشهيدين يشهدان انه نتجه ، =

وتأويل الحديث يعرف في كتاب الصلح •

[٧٣٨] ذكر عن زياد ان غلمانا تعاطوا فكسرت سن احدهم ، فشهد اثنان على ثلاثة انهم كسروها ، وشهد الثلاثة على الاثنين انهما كسراها ، فقضى مسروق على الثلاثة بخمسي دية السن ، وقضى على الاثنين بثلاثة [١٧١ب] اخماسها •

وقوله : تعاطوا ، اى تناظروا ، والقوا الكلام ، وما قضى به مسروق شيء[1] تفرد به ، ولم يأخذ به علماؤنا رحمهم الله ، بل تبطل[2] شهادة كل فريق ؛ لأن كل فريق يدفع عن نفسه بهذه الشهادة مغرما •

[٧٣٩] ثم أطال صاحب الكتاب ، ليبين انه لا يجوز القضاء على عدد الشهود ، قال :

فان[3] كان العبد او الفرس او الناقة في يدي رجل فادعى ذلك رجلان كل واحد منهما يدعيه كله ، انه له ، واقام كل واحد منهما شاهدين على ما ادعى من ذلك ، فان القاضي يقضي به بينهما نصفين •

لأنهما استويا في الدعوى والحجة ، فيستويان في الاستحقاق •

=

فقال القوم وهم عنده : ماذا ترون أقضي بأكثرهما شهودا ، فلعل الشهيدين خير من الخمسة ، ثم قال : فيها قضاء وصلح ، وسانبئكم بالقضاء والصلح، اما الصلح فيقسم بينهما لهذا خمسة اسهم ولهذا سهمان، واما القضاء فيحلف احدهما مع شهوده ويأخذ البغل ، وان شاء ان يغلظ في اليمين ثم يأخذ البغل (المصنف : ٨/٢٧٧ ـ ٢٧٨ رقم ١٥٢٠٧) ورواه البيهقي (السنن الكبرى : ١٠/٢٥٩) •

(١) ل : فهو شيء •

(٢) هـ : بل تنظر •

(٣) ب ف ج ص ل هـ : واذا

[٧٤٠]وكذلك لو اقاما جميعا البينة على النتاج ، فهو بينهما نصفان[١].
لما قلنا من المعنى .

[٧٤١] وان أقام احدهما البينة انه نتج[٢] في ملكه ، وأقام الآخر البينة انه له ، ولـم يقم [البينة][٣] عـلى النتاج ، فصـاحب النتاج اولى ،
[وهو له .

لأن صاحب النتاج يدعى الملك لنفسه فى وقت لا ينازعه الآخر ، وهو أولية الملك فيكون هو اولى][٤] .

[٧٤٢] وان اقام احدهما البينة انه له[٥] ، ولد فى ملكه منذ عشر سنين ، واقام[٦] الآخر البينة انه[٧] ولد في ملكه منذ ثماني سنين ، نظـر القاضي في سنه : فان كان على بينة[٨] احدهما قضى لـه به ، وأبطل بينة الآخـــر .

[لانه ظهر صدق هذه البينة وكذب الاخرى][٩] .

---

(١) في حاشية س : نصفين .

(٢) ل ك : نتجه . ف فتح .

(٣) الزيادة من س .

(٤) الزيادة من حاشية الاصل ك وحاشية س ومن ف ج ل ص ب وقد سقط قوله وان اقام احدهما البينة انه نتج في ملكه واقام الاخر البينة انه له ... الى هنا من نسخة هـ .

(٥) ب : انه له فى ملكه .

(٦) ص : وادعى الاخر انه ولد فى ملكه .

(٧) ب : انه فى ملكه .

(٨) س : فان وافقت بينته احدهما .

(٩) الزيادة من حاشية ك ومن ف ج هـ ص وقد سقطت من متنها ومن ل س ب .

وان كان مشكلا ، قضى [به][1] بينهما نصفين •

ومعنى المسألة : أن كل واحد منهما ادعى النتاج ؛ بأن ادعى احدهما انه له ولد فى ملكه منذ عشر سنين ، فادعى الآخر انه له ولد فى ملكه منذ ثماني[2] سنين ، وأقاما على ذلك البينة الان[3] ، نظر القاضى فى سنه : فان كان على بينة احدهما قضى له به ، وابطل بينة الآخر ؛ لانه ظهر صدق هذه البينة وكذب الاخرى • وان كان مشكلا قضى [به][4] بينهما نصفين[5] لاستوائهما في الدعوى والحجة •

هذا اذا ادعيا النتاج •

اما اذا ادعيا الملك المطلق[6] ، فادعى احدهما انه له وفى ملكه منذ عشر سنين[7] ، وادعى الاخر انه له ، وفى ملكه منذ ثماني سنين ، وأقام على ذلك بينة ، فالقاضى [١٧٢آ] لا ينظر هنا الى السن ، بل يقضى [به][8] لصاحب الوقت الاول •

---

(١) الزيادة من ل س •

(٢) قوله : (فادعى الآخر انه له ولد فى ملكه منذ ثماني سنين) ليس فى ص •

(٣) ل : فالآن ينظر •

(٤) (به) زيادة من السياق ليست فى الاصل ولا فى النسخ الاخرى •

(٥) من قوله : (ومعنى المسالة ••• الى هنا) ليس فى ف ج م • ومن قوله : (بان ادعى احدهما انه له ••• الى هنا) ليس فى س وما اثبتناه عن ك ل ص ب •

(٦) س : الملك المضاف • ب : الملك فادعى •

(٧) س : منذ عشرين سنة •

(٨) الزيادة من ل •

وفي [هذه][1] المسألة كلام ٠

وموضع المسألة كتاب الدعوى ٠

[والله اعلم بالصواب]

* * *

(٤) الزيادة من ل ٠

الباب الرابع والخمسون

في الرجلين يدعيان الشيء وهو في ايديهما

[٧٤٣] قال :

ولو أن رجلين في ايديهما عبد ، أو فرس ، أو ناقة ، فادعى كل واحد منهما ذلك ، وأقام شاهدين أن ذلك له ، فان ذلك الشيء يكون بينهما نصفين •

لأن فى كل واحد من النصفين اجتمع[١] بينة الخارج ، وبينة ذى اليد ، لكن الدعوى فى الملك المطلق ، فتكون بينة الخارج اولى بالقبول ، فيصير النصف الذى فى يد كل واحد منهما مقضيا به لصاحبه ، ولو لم يقيما بينة على دعواهما وأتيا القاضي يتنازعان فى ذلك ، تركه[٢] القاضى في ايديهما •

لأنهما استويا في سبب الاستحقاق •

[٧٤٤] فان اقام احدهما بينة انه له ، ولم يقم الآخر ، فانه يقضي به لصاحب البينة ؛ لأنه وجد من احدهما البينة ، ومن الآخر اليد ، واليد لا تعارض البينة •

[٧٤٥] ولو أقام كل واحد منهما بينة ؛ أنه له نتجه[٣] في ملكه ، فهو بينهما نصفان •

لأن كل واحد من النصفين اجتمع فيه بينة الخارج ، وبينة ذي اليد ،

---

(١) س : اجتمع بينة ذي اليد •
(٢) ك ف ج م : ترك •
(٣) س ك ف هـ : نتج •

لكن الدعوى في النتاج ، فتكون بينة ذى اليد اولى ،فيصير النصف الذى فى يد كل واحد منهما مقضياً به لصاحب اليد •

[٧٤٦] وان أقام احدهما بينة انه له نتجه فى ملكه ، واقام الاخر بينة انه له ، فهو لصاحب الولادة ، دون الاخر ؟ فانه يثبت[١] الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الآخر فيه • وهو اولية الملك •

[٧٤٧] فان أقام احدهما بينة انه ملكه منذ سنة ، واقام الآخر بينة انه له[٢] منذ سنتين ، فهو لصاحب السنتين •

لأنه أثبت الملك فى وقت لا ينازعه الآخر فيه[٣] •

وفى المسألة كلام •

وموضع المسألة كتاب الدعوى •

[٧٤٨] قال :

ولو ادعى احدهما انه له ، وأقام بينة على ذلك ، فادعى [١٧٢ ب] الآخر نصفه ، وأقام بينة [على ذلك][٤] فهو لصاحب الجميع •

لأن مدعي النصف لا يدعي الا النصـــف الــذي في يده ، واثبته بالبينة ، والآخر يدعي هذا النصف ايضا ، واثبتة بالبينة ، فقد اجتمع في هذا النصف بينة الخارج وبينة ذي[٥] اليد ، فتكون بينة الخارج اولى ، فيقضى بجميعه لمدعى الكل •

[٧٤٩] ولو أقام احدهما بينة ان له خمسة اسداسه ، وادعى الاخر

---

(١) ل : ثبت •

(٢) ب : انه ملكه منذ ••

(٣) من قوله : وهو أولية الملك ••• الى هنا ليس فى ص •

(٤) الزيادة من ل •

(٥) ص : دعوى اليد •

ثلثيه ، وأقام على ذلك بينة ، فانه يكون لصاحب الخمسة الأسداس ثلثا ذلك ، ولصاحب الثلثين ثلث ذلك •

لأن مدعي الثلثين يدعي الثلثين ، وفي يده النصف ، فقد بقى الى تمام الثلثين السدس، فيكون مدعيا سدس ذلك الشيء مما في يد الاخر، وهو ثلث ما في يد الآخر ، [ومدعي الخمسة الاسداس يكون مدعيا ثلث ذلك الشيء مما في يد الآخر ، وهو ثلثا ما بقى فى يد الآخر][1] ، وقد اثبت كل واحد منهما ما يدعيه بالبينة ، فمتى أخذ مدعي الثلثين السدس من الآخر بقي في يد الاخر الثلث ، وهو اخذ من مدعي الثلثين الثلث[2] ، فصار ذلك ثلثين [في يد مدعي خمسة الاسداس][3] ، ومدعي الثلثين بقى مما كان في يده السدس ، وقد أخذ من مدعي الخمسة الاسداس سدسا آخر ، فاستقام التخريج •

والله اعلم

* * *

(١) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن س ل هـ ب ص وقد سقطت من ف ج م وفى هـ ص : وهو ثلثا ما فى يد الاخر •

(٢) قوله (الثلث) ليس فى ف •

(٣) الزيادة من س •

الباب الخامس والخمسون

في الرجل[1] يكون في يده العبد أو الفرس أو الناقة فيدعي رجل ذلك ويقيم بينة أنه له ويقيم الذى في يديه [بينة] أنه له

[٧٥٠] ذكر عن عبدالله بن عتبة ، انه أتاه رجلان يختصمان في دابة في يد احدهما ، فاقام كل واحد منهما البينة انها له ، فقال عبدالله : هي للمتلد ٠

والمتلد [هو] صاحب الملك القديم ، فان من قدم ملكه في شيء سمي [ذلك][2] تليدا ، وما حدث فيه سمي [ذلك][3] طريفا ٠

فمعنى قوله : هى للمتلد ، اى لصاحب الملك القديم ، وهو صاحب النتاج ، وهو من القاب صاحب النتاج ٠

وهذا هو المذهب عندنا ؛ أن صاحب النتاج اولى ٠

وكذلك اذا تنازعا في ثوب يدعى كل واحد منهما انه نسجه ، فان كان الثوب مما لا يتكرر نسجه[4] ، كانت بينة مدعي النسج اولى ٠

لأنه بمنزلة النتاج ٠

وان كان مما يتكرر عليه النسج كانت بينة الخارج اولى ٠

---

(١) س : في الرجل يكون في يده شيء فيدعيه آخر ٠ وقد سقط العنوان كله من هـ ٠

(٢) الزيادة من ف ج ل هـ ٠

(٣) الزيادة من ل ف ج هـ ٠ وفي ف ج هـ : وما حدث فيه الملك يسمى ذلك طريفا ٠

(٤) س : مما لا يتكرر نسجه فهو كالنتاج وان كان مما يتكرر ٠

[٧٥١] ذكر عن شريح انه [١٧٣آ] اختصم اليه قوم في مهر ، فأقام هؤلاء البينة انه مهرهم ، نتجوه ، وأقام هؤلاء البينة انه مهرهم نتجوه ، وهو في يد احدهما ، فقضى شريح للذين هو في ايديهم ، وقال : الآخرون اولى بالشبهة[١] .

وبه نأخذ ؛ ان الدعـــوى اذا كانت في النتاج كانت بينة ذي اليد أولى .

لأنها تترجح باليد .

وهذا معنى قول شريح ان الآخرين اولى بالشبهة ؛ يعني الخارجين أولى[٢] بضعف الحجة .

[٧٥٢] ثم ذكر حديث عبدالله بن عتبة .

وهذا يفيد ما أفاده حديث شريح .

[٧٥٣] ذكر عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه قال :

ان كانت السلعة في يد احدهما ، وجاء بشاهدي عدل كانت لـه ،

---

(١) حديث شريح انه اختصم اليه قوم في مهر ... الى آخره رواه البيهقي بسنده عن ابي الوليد الفقيه أنبأ الحسن بن سفيان ، ثنا محمد بن عبيد ، ثنا حماد بن زيد عن ايوب عن محمد [اى ابن سيرين] ان رجلين اختصما الى شريح في دابة ، فأقام كل واحد منهما البينة انهـا له ، وانه نتجها ، فقال شريح : هى للذي فى يديه ، الناتج احق من العارف .وله باسناد آخر عن ابي الوليد ثنا عبدالله بن محمد ، ثنا عمرو ابن زرارة ، انبأ هشيم عن يونس وابن عون وهشام عن محمد بن سـيرين عن شريح أن رجلين ادعيا دابة فأقام احدهما البينة وهي في يده انه نتجها، وأقام الآخر بينة انه دابته عرفها ، فقال شريح : الناتج احق من العـارف (السنن الكبرى : ١٠/٢٥٦ ـ ٢٥٧) .

(٢) س : أولى بالحجة الضعيفة .

وان جاء الأخر باكثر من ذلك[١] .

أراد به النتاج ، او ما هو في معنى النتاج .

يعني اذا كان في يد احدهما ، وادعى كل واحد منهما النتاج ، واقام ذو اليد شاهدين فهو اولى بالملك من الخارج وان جاء بعشرة من الشهود .

[٧٥٤] ذكر عن مكحول انه قال :

اذا كان الذى يختصمون فيه بيد احدهما مع شاهديه[٢] ، كان هو الذى[٣] يحلف .

يعنى فيكون هو أحق بالسلعة .

وهذا هو مذهب بعض من خالفنا ؛ فان عندنا الخارج أولى .

وعند الشافعي رحمه الله ذو اليد اولى .

وعند بعضهم ذو اليد اولى مع اليمين ، ويقولون : البينات تهاترت ، فيستحق ذو اليد ذلك الشيء باليمين .

ولسنا نأخذ به .

[٧٥٥] ذكر عن الشعبي انه قال :

لا يسأل المدعى[٤] عليه بينة[٥] .

---

(١) حديث علي رضى الله عنه انه قال اذا كانت السلعة فى يد احدهما وجاء بشاهدي عدل كانت له وان جاء الاخر باكثر من ذلك روى البيهقي ما يقرب من ذلك عن حنش بن المعتمر عن علي قوله انه لا يرجع بكثرة العدد ، (السنن الكبرى : ٢٥٧/١٠) وقد مر حديث حنش عنه قبل قليل .

(٢) ص ك ف هـ ب : مع شهادته والتصحيح من ل س .

(٣) ل : للذي وما اثبتناه عن الاصل ك وعن بقية النسخ .

(٤) ب : لا تسأل مدعيا عليه بينة .

(٥) قول الشعبي : لا يسأل المدعى عليه بينة رواه عبدالرزاق الصنعاني قال : اخبرنا الثورى عن مطرف عن الشعبي قال : ليس على المطلوب بينة ، (المصنف : ٢٧٣/٨ رقم ١٥١٩١) .

وبه نأخذ •

لقول النبي صلى الله عليه وسلم :

« البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه »[1] •

جعل جنس البينات على المدعي ، فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين •

[٧٥٦] ثم فسّر صاحب الكتاب المدعى والمدعى عليه ، فقال :

المدعى : هو الذى ليس ذلك فى يده ، والمدعى عليه هو الذى فى يده [ذلك][2] الشيء •

لأن المدعي من لا يستغني عن اضافة الشيء الى نفسه •

والمدعى عليه من يستغني عن ذلك •

والخارج لا يستغني [١٧٣ب] ، فانه لو قال : ليس هذا الشيء لك لا ينتصب خصما •

والمدعى عليه يستغني ؛ فانه لو قال : ليس[3] هذا الشيء لك ، ينتصب خصماً ، [و][4] كان المعنى فيه ، وهو أن الرجل اذا كان لا يستغني عن اضافة الشيء الى نفسه كان محتاجا الى الاثبات ، والبينات شرعت للاثبات •

---

(١) قول النبي صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » مر تخريجه فى ج ١ ص ٢٢٠ ضمن تعليقات الفقرة ٧٥ ، وفى ج ٢ ضمن تعليقات الفقرة ٣٣٧ •

(٢) الزيادة من س ل •

(٣) ل : ليس هو لك •

(٤) الزيادة من س ل ص ب وقد سقطت من ك هـ ف ج م وفي ف : لأن المعنى •••

[٧٥٧] قال :

ولو أقام المدعي البينة انه له ولد في ملكه ، فاقام الذى ذلك الشيء في يده على مثل ذلك ، فانه يقضى به[١] للذي هو في يده .

لآن في دعوى النتاج بينة ذى اليد اولى ، فيكون القضاء لذى اليد قضاء ملك ، لا قضاء ترك ، كما قاله[٢] عيسى بن ابان[٣] .

---

(١) س : يقضى به للمدعي الذى هو ...

(٢) هو : كما قال .

(٣) عيسى بن ابان بن صدقة القاضي ابو موسى ، تفقه على محمد بن الحسن وكان حسن الحفظ للحديث ، خيراً فاضلا ، قال ابو خازم القاضي ما رأيت لاهل بغداد حدثاً ازكى من عيسى بن ابان ، وعن هلال ابن يحيى انه قال ما في الاسلام قاض افقه من عيسى بن ابان . تفقه عليه ابو خازم القاضي ، استخلفه القاضي يحيى بن اكثم على القضاء بعسكر المهدي وقت خروج يحيى مع المأمون الى فم الصلح ، فلم يزل على عمله الى ان رجع يحيى .

ثم تولى عيسى القضاء بالبصرة فلم يزل عليه حتى مات وكان سهلا فقيها سريع الانفاذ للاحكام . وكانت ولايته سنة ٢١٠ وذكر ابن سعد ان ذلك سنة ٢١١هـ بعد عزل اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة . اسند الحديث الى اسماعيل بن جعفر ، وهشيم ، ويحيى بن زكريا بن ابي زائدة ومحمد بن الحسن ، وروى عنه الحسن بن سلام السواق وغيره ، وله من الكتب كتاب خبر الواحد وكتاب الجامع وكتاب اثبات القياس وكتاب اجتهاد الراى كما في الفهرست وذكر له بروكلمان كتاب الحجة الصغيرة ، وذكر وكيع انه كان سخيا عفيفا وانه احدث في القضاء شيئا لم يحدثه احد لعلمه بحساب الدور ، وذكر الشيرازي انه كان من اصحاب الحديث ثم غلب عليه الراى . بقى في قضاء البصرة ما يقارب عشر سنين ثم توفى سنة ٢٢١ في غرة صفر وذكر ابن النديم انه مات في المحرم سنة =

[٧٥٨] قال :

وكذلك لو أقام المدعى بينة انه له ، وأقام الذى ذلك [الشيء][١] في يده انه له ولد في ملكه ، فهو للذى [هو][٢] في يده •

لأن الخارج لو ادعى النتاج كانت بينة ذى اليد على النتاج اولى •

فان ادعى الخارج الملك المطلق فلأن[٣] تكون بينة ذى اليد على النتاج أولى[٤] •

=

٢٢٠هـ والاول ارجح انظر ترجمته واخباره فى تاريخ بغداد : ١١/١٥٧ ــ ١٦٠ رقم ٥٨٥٠ ، اخبار القضاة : ٢/١٧٠ ــ ١٧٢ ، ٣/٢٧٣ ، الجواهر المضية : ١/٤٠١ ــ ٤٠٢ رقم ١١١٣ ، تاريخ خليفة بن خياط : ٢/٥١٦ ، الفهرست ٣٠٣ ، تاريخ الادب العربى لبروكلمان (الترجمة العربية) ٣/٢٥٧ ، والنص الالماني G. L. S. 1/950 وفيه احالة الى تاج التراجم (ص ٨٦) ولكن المترجم هناك هو ابنه وليس هو ، وانظر تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢/٤٤ رقم ٤٧ ، طبقات الفقهاء للشيرازي : ١١٥ ، الفوائد البهية: ١٥١ ، الاعلام: ٥/٢٨٣ ، معجم المؤلفين: ٨/١٨ ، هدية العارفين: ١/٨٠٦ ، كشف الظنون : ١٤٣١ ، ١٤٤٠ ، ايضاح المكنون : ١/٢٣ ، ٢٦ ، ٢/٢٨٥ ، ٢٩٢ ، اخبار قضـــاة بغـداد لابراهيم الدروبى مخطوط الترجمة رقم ١٥ طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة ص ٣٢ ، طبقات ابن الحنائي الورقة ١٠ب •

(١) الزيادة من ل •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ف ج ص : فلا تكون وهو سهو •

(٤) ورد فى حاشية الاصل ك وفى صلب نسخة ل ما نصه : كان ذلك بطريق الاحرى ، س : اولى كان أحرى • والعبارة من قوله فادعى الخارج الملك المطلق ••• الى هنا ليست فى هـ •

[٧٥٩] قال :

ولو أقام المدعى البينة انه له ولد في ملكه منذ سنة ، وأقام الذى هو في يده البينة انه له ولد فى ملكه منذ سنتين ، فهو للذي فى يده .

لأنه أثبت الملك لنفسه قبل اثبات[١] الخارج ، فكان هو اولى .

[٧٦٠] قال :

ولو اقام المدعي بينة انه له[٢] وفى ملكه منذ خمس سنين ، وأقام الذى هو فى يده [بينة][٣] انه له[٤] ، وفى يديه ، ولم يوقت شهوده وقتا فهو للمدعي .

لأن المدعي ادعى الملك منذ خمس سنين ، وأثبته بالبينة وذو اليد بينته على الملك المطلق ، لا تدفع استحقاق الخارج ، فكان[٥] الخارج اولى .

[٧٦١] قال :

ولو أقام المدعى بينة انه له وفى ملكه ، ولم يوقت شهوده وقتا ، وأقام الذى هو فى يديه [البينة][٦] انه له ، وفي[٧] ملكه منذ خمس سنين ، فهو للمدعي .

لأنه ليس في بينة ذى اليد على الملك المؤرخ ما يدفع استحقاق

---

(١) ف ج ك هـ ل س : قبل اتباع الخارج ، وما اثبتناه عن ص ب .

(٢) ل : انه ولد فى ملكه .

(٣) الزيادة من س ل .

(٤) ل : انه ولد فى يده .

(٥) س : فكان اولى .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) س : ولد فى ملكه .

الخارج ؛ لأنه يجوز ان يكون مملوكا للخارج قبل[1] خمس سنين •

[٧٦٢] وروى عن ابي يوسف انه قال : ذو[2] اليد يكون اولى •

فصار الحاصل أن بينة الخارج فى الفصول [١٧٤آ] كلها اولى ، الا[3] اذا ادعى ذو اليد النتاج ، فحينئذ تكون بينته اولى •

والله اعلم بالصواب

* * *

---

(١) س : منذ خمس •

(٢) س : يكون ذو اليد •

(٣) ل : الا فى صورة ما اذا ادعى •••

الباب الساس والخمسون

في[1] المدعي يدعي شيئاً[2] وأن أباه مات وتركه ميراثا له

[٧٦٣] قال :

وان ادعى أن باه مات وهو وارثه ، لا وارث له غيره ، وادعى دارا في يدي رجل انها كانت لأبيه ، مات وتركها ميراثا له ، والذى الدار في يديه ينكر ذلك ، فأقام المدعي بينة ان الدار كانت لأبيه ، مات وتركهـــا ميراثا له ، وانهم لا يعلمون لأبيه وارثا غيره ، فان الحاكم يحكم له بالدار •

لأنه أثبت سبب الملك لنفسه بالحجة ، فيقضى[3] له به ، كما[4] لو ادعى انه اشترى منه في حال حياته هذه الدار ، وأقام على ذلك بينة ، فهناهنا اربعة الفاظ[5] اذا شهدوا به يقضى بها للمدعي :

احدها : أن يقولوا : كانت لأبيه •

والثاني : أن يقولوا : كانت ملك ابيه •

والثالث : ان يقولوا : ان اباه كان يسكنها •

والرابع : ان يقولوا : ان اباه كان يملكها •

---

(١) س : في الرجل • هـ : باب الرجل •

(٢) س ك ب : يدعي الشيء أن اباه ••• هـ : يدعى ان اباه مات وترك ميراثا (بسقوط لفظة ـ شيئا ـ و ـ له ـ) •

(٣) ف ج : فيقضى به ، هـ : فيقضى به له •

(٤) س : كما لو انه •

(٥) س : اربعة فصول •

ففي هذه الالفاظ الاربعة تكون شهادة بالملك لأبيه •

فان جرّوا[1] الميراث ؛ بأن قالوا : وتركها ميراثا له ، يقبل بالاتفاق •

وان لم يجروا[2] ، فعلى الاختلاف المعروف ، [و] سيأتي في آخر الباب ان شاء الله تعالى •

فعند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول : لا يقبل •

وعند ابي يوسف - آخرا[3] - يقبل •

واما اذا شهدوا انه مات فيها ، فلا تكون شهادة بالملك على ما نبين •

وهذه الفصول اوردها[4] في كتاب الدعوى •

واورد في الجامع الصغير[5] أن ذا اليد اذا أقر بشيء من الالفاظ الاربعة يكون اقرارا بالملك له ، واذا أقر باللفظ الخامس لا يكون اقرارا بالملك له •

[٧٦٤] قال :

ولو شهدوا أن اباه مات ، وهذه الدار في يده ، او شهدوا أن الدار كانت في يديه يوم مات ، فانه يقبل ، ويقضى بالملك له ، وان لم يجرّوا الميراث[6] •

لأنه ثبت يد الاب على الدار يوم الموت ، والايدي المجهولة عند الموت

---

(١) س : فان ذكروا •

(٢) س : وان لم يذكروا •

(٣) ص ف ج ب : الآخر •

(٤) ص : اوردها في الجامع الكبير ان ذا اليد اذا أقر ••• وهو سهو •

(٥) قوله (الصغير) ليس في هـ ف ب وفي ص : الكبير •

(٦) س : وان لم يذكروا الميراث • هـ : وان لم يجروا (بسقوط لفظة الميراث) •

تنقلب يد ملك ، فكانت هذه شهادة على ملك الاب يوم الموت ، [١٧٤ب] وهذا وارثه ، فيصير ميراثا عنه له ، فيثبت[1] الجرّ دلالة ، ان لم يثبت تصريحاً •

[٧٦٥] قال :

وكذلك لو شهدوا ان اباه مات ، وهو ساكن فيها ، يقبل ، ويقضى بالملك له •

لأن الشهادة بالسكنى عند الموت شهادة باليد عند الموت ؛ لان اليد على الدار تثبت بالسكنى ، الا ترى ان ذا اليد اذا أقر للمدعي انه كان يسكنها كان اقرارا له بها ، حتى امر بالتسليم اليه ، فكان هـــذا وما لـو شهدوا ان اباه مات وهذه الدار فى يده سواء •

ولو شهدوا ان اباه مات في هذه الدار ، وشهدوا ان اباه[2] كان في هذه الدار حتى مات لم يقبل الحاكم ذلك ، ولم يحكم له بشيء •

اورد محمد رحمه الله اللفظ الاول فى كتاب الدعوى ، واستفيد اللفظ الثاني من صاحب الكتاب •

وكذلك لو شهدوا ان اباه دخل هذه الدار ، ومات لم يقبل الحاكم ذلك ، ولم يحكم له بشيء •

لان اليد على الدار لا تثبت بالكينونة فيها ، ولا بالدخول فيها ؛ ألا ترى انه لو دخل الدار ملتجئاً ، او لدفع أذى الحر او البرد ، لا يصـير مثبتاً يده على الدار • فما[3] قامت الشهادة على اليدّ[4] بالملك ، فلم تقـم

---

(١) ص : فيثبت الحق دلالة • س : فثبت ذكر الارث •

(٢) من قوله : مات وهذه الدار فى يده سواء ••• الى هنا ليس في ص •

(٣) هـ : فمتى قامت (وهو تصحيف) •

(٤) ب : باليد •

الشهادة على الملك ، ولا على سبب الملك[1] ؛ الا ترى ان ذا اليد اذا أقر للمدعي انه كان فيها ، أو كان داخلا فيها لا يكون اقرارا له بها ، فكذا الشهادة •

[٧٦٦] قال[2] :

ولو ادعى ثوبا لأبيه ، او خاتما ، فشهد له الشاهدان ان اباه مات وهو لابس هذا الثوب ، او هذا الخاتم ، والذى فى يديه[3] يجحد ذلك ، فانى اقضى به للابن •

لأن اليد على الملبوس[4] تثبت باللبس[5] ؛ لأن الملبوس يصير تبعا للابس ؛ الا ترى ان من لبس ثوب الغير لينظر فى مقـــدار قامته يصـير غاصبا ، فيكون اللبس فى الملبوس نظير السكنى فى الدار ، فتكون الشهادة على اللبس عند الموت شهادة على سبب الملك له ، فتكون شهادة على الملك ، الا ترى أن محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان ذا اليد اذا [١٧٥آ] أقـر أن المدعي كان لابسا[6] هذا الثوب ، كان اقرارا له به ، فكذا فى الشهادة [على اللبس عند الموت شهادة على سبب الملك][7] •

[٧٦٧] قال :

وكذلك ان ادعى دابة ، فشهدوا ان اباه مات وهو راكبها ، او متاعا ،

---

(١) قوله (ولا على سبب الملك) ليس فى ص •

(٢) الزيادة من ب •

(٣) س : والذى فى يديه ذلك يجحد ذلك •

(٤) س : فى الملبوس •

(٥) قوله : (تثبت باللبس لان الملبوس) ليس في ب •

(٦) ب ل ك هـ : كان لابس هذا الثوب • ف ج : كان لا يحصل

(٧) الزيادة من ص فقط •

فشهدوا أن أباه مات وهو حامل المتاع ، قضيت به للوارث •

لأن اليد على الدابة تثبت بالركوب ، وعلى الثوب بالحمل ، بدليل ان الغاصب يضمن •

ولو أقر ذو اليد كان اقرارا له به • كذا اورد محمد رحمه الله في الجامع ، فكذا في الشهادة •

[٧٦٨] قال :

ولو شهدوا أنه مات وهو قاعد على هذا البساط، او على هذا الفراش، او نائم عليه ، لم يستحق بهذا شيئاً •

لأن اليد على المحل لا تثبت بهذه الاسباب ، بدليل انه لا يصير به غاصبا ، ولا يصير بهذه الاسباب مقرا له به ، فكذا الشهادة •

[٧٦٩] قال :

ولو أن رجلا مات ، وله ورثة[١] ، فحضر واحد منهم وادعى دارا في يد رجل ، انها كانت لأبيه ، مات وتركها ميراثا له ، ولسائر ورثة ابيه ، وهم فلان وفلان ، والذى فى يديه الدار يجحد هذا كله ، فأقام الابن شاهدين على وفاة ابيه وعدة ورثته ، وان هذه الدار لأبيه ، مات وتركها ميراثا لهم ، ولم يحضر منهم وارث غيره ، فان القاضي يقبل ذلك ، ويحكم بالدار لأبيه ، ويدفع الى هذا الذى اقام البينة حصته منها •

لأن الواحد من الورثة ينتصب خصما فيما يثبت للميت وعلى الميت ، واما حصص الباقين ، فتترك[٢] في يده ، فكلما حضر واحد منهم اخذ حصته منها ، ولا يكلف اعادة البينة انها كانت لأبيه •

---

(١) س : وله وارث •
(٢) ل : فانها تترك •

وهذا قول[1] ابي حنيفة رحمه الله •

وقال[2] ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفع الى المدعي حصته[3] منها ، وينتزع[4] الباقي من يد المدعى عليه ، ويجعله[5] على يدي عدل حتى يحضر من بقي من الورثة •

واجمعوا ان المدعى عليه لو كان مقرا دفع الى الوارث الحاضر نصيبه ، والباقي يترك في يد ذي اليد •

وموضع [١٧٥ب] المسألة كتاب الدعوى •

[٧٧٠] قال :

واذا حضر الرجل فادعى دارا في يدي رجل انها لابيه ، مات وتركها ميراثا ، فأقام على ذلك بينة ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ، ولم يعرفوهم ، ولكن قالوا : تركها ميراثا لورثته ، فانه لا تقبل هذه الشهادة ، ولا يدفع اليه شيء ، حتى يقيم البينة[6] على عدد الورثة •

لأنهم مالم يشهدوا على عدد الورثة لا يصير نصيب هذا الواحد معلوما ، والقضاء بغير المعلوم متعذر •

وههنا ثلاثة فصول :

الفصل الاول : هذا •

والفصل الثاني : لو شهد الشهود انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا

---

(١) ف ج م : وعلى هذا •

(٢) ص : وقالا •

(٣) ف : حصة •

(٤) ف هـ : وينزع •

(٥) س : ويجعلها • ل : ويجعل •

(٦) ل : بينة •

غيره ، فان القاضى [يقضى][1] بجميع التركة له من غير تلوم .

والفصل الثالث : اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ، ولم يقولوا في شهادتهم : لا نعرف له وارثا غيره، فان القاضى يتلوم زمانا ، على قدر ما يرى ، فان حضر وارث غيره قسم المال بينهم ، وان لم يحضر دفع المال[2] اليه .

وهل يأخذ منه كفيلا بما دفع اليه ؟

قال ابو حنيفة رحمه الله : لا [يأخذ منه كفيلا][3].

وقال[4] ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : يأخذ [منه كفيلا به][5].

وموضع المسألة كتاب الدعوى .

ثم انما يدفع الى الوارث الذى حضر جميع المال بعد التلوم ، اذا كان هذا الوارث ممن[6] لا يحجب بغيره ؛ كالأب والابن .

اما اذا كان يحجب[7] بغيره ؛ كالجد والاخ والعم ، فلا يدفع اليه المال .

واما اذا كان ممن لا يحجب بغيره[8] لكن يختلف نصيبه ؛ كالزوج

---

(١) الزيادة من ل س هـ ص ب .

(٢) ل : دفع الدار اليه .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) ص : وقالا .

(٥) الزيادة من ل .

(٦) ف ج : مما .

(٧) ب ص : ممن يحجب .

(٨) من قوله : كالاب والابن اما اذا كان ... الى هنا ليس في متن هـ وقد ثبتت على حاشيتها .

والزوجة أيدفع[١] اليه أقل النصيبين او أوفر النصيبين ؟

قال محمد : أوفر النصيبين ، وهو النصف للزوج ، والربع للمرأة ٠

وقال ابو يوسف : اقل النصيبين ٠

وقول ابي حنيفة مضطرب في بعضها مثل قول محمد ٠

هكذا ذكر صاحب الكتاب فيما[٢] اذا كان الميت[٣] امرأة [١٧٦آ] والمدعي زوجها[٤] ، وفي بعضها مثل قول ابي يوسف ٠

محمد يقول : الزوجية سبب لاستحقاق[٥] النصف للزوج بالنص ، وهو قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك ازواجكم »[٦] ، وانما[٧] ينتقص حقه عن النصف بشرط وجود الولد ، وقد وقع الشك في هذا الشرط ، فلا يثبت النقصان بالشك ، فترك[٨] الزوج فيما زاد على الربع الى النصف ، بمنزلة الاب فيما زاد على السدس الى الكل ٠ ثم اذا شهدوا انه ابوه يدفع اليه كل الميراث ، وان احتمل ان يكون للميت ابن ، فيكون للاب السدس ؟ لما قلنا ، فكذلك ههنا ٠

واذا ظهر الكلام في النصف في جانب الزوج ، فهو الكلام في الربع في جانب المرأة ٠

---

(١) ل : فانه يدفع ٠

(٢) ب : فيما روي اذا كان الميت ٠

(٣) س : اذا كان المقر امرأة ٠

(٤) ل : زوجا ٠

(٥) س : للاستحقاق بجميع النصف وهو قوله ٠٠٠ ل : سبب الاستحقاق فالنصف للزوج ٠

(٦) سورة النساء : ١١ ٠

(٧) س : وانما يثبت نقص حقه ٠

(٨) ص : فيزول ٠

وابو يوسف يقول : الزوجية سبب لاستحقاق[1] النصف للزوج لكن بشرط عدم الولـــد بالنص لقوله تعـــالى : « ولكم نصف ما ترك ازواجكم »[2] الآية • فما لم يثبت هذا الشرط لا يثبت اســـتحقاق[3] النصف ، وترك الزوج فى ما زاد على الربع الى النصف بمنزلة الجد والاخ والعم فى حق[5] اصل المال •

ثم اذا شهدوا انه جده ، او اخوه ، او عمه ، لا يدفع اليه المال اصلا حتى يثبت الشرط ، وهو عدم من هو أقرب الى الميت ، فكذا الزوج فى ما زاد على الربع الى النصف •

واذا ظهر الكلام فى النصف فى جانب الزوج فهو الكلام فى الربع في جانب المرأة •

ثم اذا ثبت عند ابي يوسف انه يدفع أقـل النصيبين ، ثـم اختلفت الروايات عنه فى ذلك •

اما اذا كان الميت زوجا والمدعي امرأة ففيه روايتان[4] :

في ظاهر الرواية عنه ، وهو المذكور ههنا يدفع اليها ربع الثمن •

لأنه قد يكون للزوج اربع نسوة ، فيكون نصيبها ربع الثمن •

وفي رواية اخرى روى الطحاوى عنه ، وهو قول [١٧٦ب] الحسن ابن زياد : يدفع اليه ربع التسع ، لان المسألة قد تكون عولية[6] ؛ بـأن

---

(١) س : سبب للاستحقاق لكل النصف لكن بشرط •

(٢) النساء : ١١ •

(٣) س : الاستحقاق فى النصف •

(٤) ل : في أصل حق المال •

(٥) قوله (ثم) ليس فى س •

(٦) س : روايات •

(٧) س : عائلة • والعول قال النسفي : ان يجاوز سهام الميراث سهام المال (طلبة الطلبة : ١٧٠ – ١٧١) •

مات الرجل وترك ابوين وابنتين وامرأة[1] ، فللأبوين[2] السدسان ، وهو ثمانية من اربعة وعشرين ، وللبنتين الثلثان ، وهو[3] ستة عشر من اربعة وعشرين ، وللمرأة الثمن ، وهو ثلاثة ، فعالت[4] الفريضة بثلاثة[5] ، فصارت سبعة وعشرين ، وثلاثة من سبعة وعشرين تكون تسعها[6] ، وهذه الثلاثة بين اربع نسوة فيكون لها ربع التسع •

وقد ذكر صاحب الكتاب عن ابي يوسف رواية اخرى انه يعطى لها ربع الميراث كما قلنا لمحمد •

واما اذا كان الميت امرأة والمدعي زوجا ففيه روايتان ايضا :

في ظاهر الرواية عنه ، وهو المذكور ههنا : يدفع اليه الربع •

وفي رواية اخرى[7] التى رواها عنه الطحاوى ، وهو قول الحسن : يدفع اليه الخمس •

لأن المسألة قد تكون عولية[8] ؛ بأن ماتت المرأة ، وتركت ابوين وابنتين ، وزوجا[9] ، فللأبوين[10] السدسان ، وهو اربعة من اثني عشر ،

---

(١) ف ج : وامرأتين •

(٢) ل فان للابوين السدسين ، ف ج : فللابوين الثلث •

(٣) س : وذلك •

(٤) ل : فعالت المسألة •

(٥) س : بثلاثة الى سبعة وعشرين •

(٦) ب ص : تسعة ، س ف ج : تسعا •

(٧) س : اخرى رواها الطحاوى ف ج م : اخرى التى روى عن الطحاوى •

(٨) س : عائلة •

(٩) س : وزوجها •

(١٠) ف ج م : فللابوين الثلث •

للبنين الثلثان ، وهو ثمانية من اثنى عشر ، وللزوج الربع ، وهو ثلاثة من اثني عشر ، فعالت الفريضة بثلاثة ، فصارت خمسة عشر ، وثلاثة من خمسة عشر [تكون](1) خمسها(2) .

[٧٧١] قال :

ولو ان رجلا مات وترك امرأة حبلى وورثة ، فأراد الورثة أخذ حقوقهم ، فانه يقسم التركة بينهم(3) ، ولا يؤخر لمكان الحبل .

وكم(4) يوقف لأجل الحبل من التركة ؟

عند(5) ابي حنيفة رحمه الله نصيب اربعة بنين .

وعند محمد رحمه الله وهو قول الحسن نصيب ابنين .

وعن ابي يوسف رحمه الله روايتان :

في رواية نصيب ابنين ، كما قال محمد والحسن .

وفى رواية ، وهو المذكور فى الكتاب ، نصيب ابن واحد ، وعليه الفتوى ، وقد ذكرنا هذا فى كتاب الفرائض .

[٧٧٢] قال :

واذا اقام رجل البينة ان هذه الدار كانت لابيه ، ولم يشهدوا أن اباه مات وتركها ميراثا له ، قال ابو حنيفة رحمه الله : لا أحكم بها للأب ، وهو قول محمد وابي يوسف اولا .

---

(١) الزيادة من ل س .

(٢) ب ف ج هـ : خمس . ل : خمسا .

(٣) س ك : عليهم وما اثبتناه عن ل ص ب وقد سقطت من ف ج هـ م .

(٤) ف ج ص ك : ولم .

(٥) ل : فعند .

وقال ابو يوسف آخرا : احكم بها ميراثا بين[1] ورثة الاب ، بناء على ان جرّ المواريث شرط عندهما ، وعند [١٧٧آ] ابى يوسف ليس بشرط .

وعلى هذا الخلاف اذا شهدوا انها[2] كانت لجدهم ، مات الجد ، وتركها ميراثا ، ولم يزيدوا على هذه المقالة ، فعند ابى حنيفة وابي يوسف أولا لا يحكم بذلك ،لا للجد ، ولا لهم ، حتى يفسروا المواريث ، فيقولوا: مات جدهم فلان ، وتركها ميراثا لفلان وفلان ، وهم اولاده ، ثم مات فلان ابنه ، وترك حصته منها ميراثا لورثته ، وهم فلان وفلان ، وهم[3] اولاد ، وهم هؤلاء .

وعند ابي[4] يوسف بدون هذا الحكم[5] ، يحكم بها للجد ، ثم لمن بعده .

وحق المسألة كتاب الدعوى .

وان شهدت البينة على اقرار الذى فى يده الدار انه أقر انها دار جدهم ، جازت الشهادة ، وقضى بها لجدهم ، ثم لورثة الجد[6] ، ثم لهم ، ان لم يكن وارث غيرهم فى قولهم جميعا .

فأبو يوسف رحمه الله سوّى بينهما ، وهما فرقا .

---

(١) من قوله : وقال ابو حنيفة رحمه الله لا احكم بها ... الى هنا ليس فى ص .

(٢) ف ج هـ ص : اذا شهدوا ان دارا كانت لجدهم .

(٣) س : وهم ولد هؤلاء .

(٤) س : وعند ابى حنيفة وابى يوسف .

(٥) هـ : بدون هذا يحكم (بسقوط كلمة الحكم) .

(٦) هـ : وقضى بها لجدهم ثم لورثته .

وموضع الفرق لهم كتاب الدعوى •

[٧٧٣] قال :

ولو أن رجلا ادعى شيئاً لأبيه ، وأقام بينة ان هذا الشيء لأبيه مات وتركه ميراثا ، وان اباه مات يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ، فأقامت امرأة البينة ان اباه تزوجها يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ، وانه مات بعد ذلك بيوم [وموته][١] بعد اليوم الذي وقته[٢] الابن ، فانا نحكم بالميراث بشهادة شهود الابن ، ويحكم بشهادة شهود المرأة على التزويج ، فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن •

لأن يوم الموت مما لا يدخل تحت القضاء ؛ لأنه لا يتعلق به حكم ؛ لأن الميراث ليس يستحق[٣] بالموت ، بل بسبب سابق على الموت ، واذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه بمنزلة •

ولو عدم[٤] تقبل البينتان جميعا ، ويقضى بحق كل واحد منهما •

لان العمل بهما ممكن ، فكذا هذا •

[٧٧٤] قال :

وكذلك لو أقامت امرأة اخرى بعد هذه المرأة البينة ان[٥] ابا هذا تزوجها في يوم كذا من شهر كذا [من سنة كذا][٦] بيوم بعد[٧] الذي

---

(١) الزيادة من س •

(٢) ف ج ص ب : وقت •

(٣) ف ج م هـ : مستحق •

(٤) ص : ولما انعدم تقبل البينات ويقضى •

(٥) ب : ان هذا تزوجها •

(٦) الزيادة من س ل •

(٧) ب : بعد اليوم الذى •

وقت فيه موته المرأة الاولى ، قبلت بينتها ، وحكم بنكاحها وتوريثهـــا [١٧٧ ب] منه •

لما قلنا •

فرق بين هذه المسألة وبين ما لو أقام الابن البينة على رجل انه قتل أباه في وقت كذا وكذا ، وادعى عليه القصاص او الدية ، وقضى القاضي بذلك ، ثم أقامت المرأة [البينة][١] انه تزوجها بعد ذلك لم أقبل بينتها •

والفرق ان يوم القتل يدخل تحت القضاء ؛ لأنه تعلق بالقتل القصاص او الدية ، فاعتبر ذلك التاريخ ، فاذا ادعت المرأة بعد ذلك بتاريخ يخالفه لا تقبل دعواها[٢] •

وقد استشهد صاحب الكتاب في الكتاب بمسألة اخرى فقال :

الا ترى ان امرأة لو أقامت البينة انه تزوجها يوم النحر بمكة ، فقضى بشهودها ، ثم اقامت امرأة اخرى البينة انه تزوجها يوم النحر فـي تلك السنة بخراسان ، فاني لا أقبل[٣] بينة المرأة الاخرى •

لأن يوم النكاح يدخل تحت القضاء ، فاعتبر ذلك التاريخ ، فـاذا ادعت المرأة بعد ذلك بتاريخ يخالفه لم تقبل دعواها •

[٧٧٥] قال :

ولو أن رجلا ادعى شيئاً في يدي رجل انه لأبيه ، مات وتركـه ميراثا ، وأتى بشاهدين يشهدان[٤] ان هذا الشيء المدعى كان في يد ابي

---

(١) الزيادة من ص ب •

(٢) س : يخالف ذلك لا يقبل دعواها • ولفظة (دعواها) سقطت من هـ ص ب •

(٣) س : فقال لا تقبل بينة المراة الاخرى • ل : قال لا اقبل •

(٤) ل : شهدا ان الشيء كان في يدي •

هذا المدعى ، وهو فلان حتى مات وهو في يده ، جاز ذلك ، وحكم بذلك الشيء لورثة ابي هذا المدعي في قولهم جميعا •

لأنه[1] ثبت الجر دلالة •

لما مر في صدر[2] الباب •

وان شهدوا بذلك لرجل حي فقالوا : نشهد أن هذا الشيء كان في يد هذا منذ شهر ، او منذ سنة ، في خصومة وقعت في حياته ، كان ذلك باطلا •

لما مر في صدر[3] الباب •

والله تعالى اعلم

* * *

(١) س : فانه ثبت بذلك الموت دلالة •

(٢) ك ف : صدر الكتاب •

(٣) س : صدر الكتاب •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الباب السابع والخمسون

في القاضي لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز

[٧٧٦] الأصل في هذا الباب أن القضاء يعتبر[١] بالشهادة ، فكل من حازت شهادته له نفذ قضاؤه له ، والا فلا .

اذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الباب :

[٧٧٧] ذكر حديث علي رضى الله عنه انه وجد درعاً لرجل من قريش قتل[٢] يوم الجمل ، فوجدها مع عبدالله بن قفل التيمي[٣] ، فقال : هات الدرع ؛ فانها لرجل من قريش قتل يوم الجمل[٤] ، فقال عبدالله : اشتريتها [١٧٨آ] بأربعة آلاف[٥] ، فقال : بيني وبينك شريح ، فقال شريح لعلي عليه السلام : بينتك ، فجاء بعبدالله بن جعفر[٦] ، ومولى لعلي[٧] رضى الله عنه ، فكأن شريحا اتهم المولى ، ولم يجز شهادته ، فغضب علي رضى الله عنه ، واخذ الدرع ، وقال للرجل : اتبع بائعك ، وعزل شريحا

---

(١) س : معتبر .

(٢) ف ج ب : قبل .

(٣) س : عبدالله بن نفل التيمي . وقوله (التيمى) ليس فى ص ب .

(٤) قوله : (فانها لرجل من قريش قتل يوم الجمل) ليس في ف ج م .

(٥) س : اربعة آلاف مثقال بيني وبينك ...

(٦) عبدالله بن جعفر بن ابي طالب مرت ترجمته في تعليقات الفقرة ٥١٤ في الجزء الثاني من هذا الكتاب .

(٧) س : لعلي بن ابى طالب .

عن القضاء ثم اعاده[1] •

ويقال ان صاحب الدرع طلحة بن عبيدالله[2] •

في الحديث فوائد :

منها :

انه يجوز للمقلد ان يقضى للمقلد وعليه •
وبه نأخذ •

الا ترى ان عليا رضى الله عنه قلد شريحا ، وخاصم عنده • وهـذا لأن المقلد ليس بنائب عن المقلد ، بل هو نائب عن جماعة المسلمين ، ولهذا لا ينعزل بموته •

ومنها :

---

(١) حديث الامام علي وتقاضيه الى شريح ورد فى الآثار ما يشابه ذلك الا ان الخصم يهودى وان شريحا رد شهادة ابنه الحسن فانظر ذلك في الحلية : ٤/١٣٩ ـ ١٤١ ، اخبار القضاة : ٢/٢٠٠ ، السنن الكبرى : ١٠/١٣٦ ، تلخيص الحبير : ٤/١٩٣ رقم ٢١٠٥ ، الكامل لابن الاثير : ٣/٤٠٧ •

(٢) طلحة بن عبيدالله الصحابي الجليل ابو محمد القرشي التيمي ، المعروف بطلحة الخير، وطلحة الفياض، واحد المبشرين بالجنة، شهد أحداً وما بعدها من المشاهد وأبلى يوم احد بلاء عظيما ووقى رسول الله صلى الله عليه وسلم بنفسه كان جوادا بنفسه وبماله ، قتل فى وقعة الجمل سنة ٣٦هـ ، وقيل انه رجع عن قتاله عليا واعتزل فى بعض الصفوف فرمي بسهم في رجله انظر : الحلية : ١/٨٧ ـ ٨٨ اسد الغابة : ٣/٨٥ ـ ٨٩ رقم ٢٦٢٥ ، الاصابة : ٢/٢٢٠ ـ ٢٢٢ رقم ٤٢٦٦ ، الاستيعاب : ٣/٢١٠ ـ ٢١٦ ، الجمع بين كتابي ابي نصر الكلاباذي وابى بكر الاصبهانى فى رجال البخارى ومسلم : ١/٢٣٠ رقم ٨٥٤ •

أن المولى اذا شهد للمولى لا تقبل .

ولا نأخذ[1] به .

لكن شريحا اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام :

« المسلمون[2] عدول بعضهم على بعض ، الا ظنينا فى ولاء او نسب »[3] .

ومنها :

انه يجوز للامام ان يقضى بعلمه ؟ ألا ترى ان عليا رضى الله عنه قضى بعلمه ، وكان هو الامام الاكبر .

[٧٧٨] قال :

ولو أن قاضيا قضى للامام الذى ولاه بقضية ، او قضى[4] عليه جاز . لما روينا من الأثر ، ولما قلنا من المعنى .

[٧٧٩] [قال][5] :

---

(١) ف ج ك ل هـ س : ولا يأخذ والتصحيح من ب ص .

(٢) هـ : المسلمون اخوة بعضهم على بعض .

(٣) حديث « المسلمون عدول بعضهم على بعض الاظنينا في ولاء أو نسب » قال السخاوى اورده الديلمي عن ابن عمرو بلا سند مرفوعا ، وهو عند ابن ابي شيبة من طريق عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ابن عمرو به (المقاصد الحسنة : ٣٨٥ رقم ١٠٢٢) ، ونصب الراية : ٤/٨١ ، الدراية : ٢/١٧١ رقم ٨٢٩ ، كشف الخفاء : ٢/٢٩٠ رقم ٢٣٠١ ، والسنن الكبرى ١٠/١٩٧ ، وقد مر في الجزء الاول من هذا الكتاب ص ٢٢٧ الفقرة ٨٥ من كلام عمر بن الخطاب في كتابه الى ابي موسى الاشعرى فلينظر تخريجه هناك .

(٤) س : او قضاء .

(٥) الزيادة من ب .

وكذلك لو قضى لولد الامام ، او والده[1] ، او لزوجته .

لأن نفس الامام اليه أقرب من الولد ، والوالد ، والزوجة ، فاذا جاز ذلك فهذا اولى .

[٧٨٠] قال :

وكذلك لو ان قاضيا[2] قضى لأخيه ، او لعمه ، او لابن أخيه ، او لأخته ، او لخاله ، [او لخالته][3] ، او لأحد من محارمه يجوز .

لأنه لو شهد لهؤلاء جاز .

[٧٨١] قال :

وكذلك قاضي القضاة[4] لو خوصم الى قاض ولاه هو فقضى له او عليه جاز ذلك .

---

(١) ص : او لوالده .

(٢) س ب : القاضي قضى لاخ نفسه .

(٣) الزيادة من س ، وقوله (او لأخته او لخاله او لخالته) ليس في ص .

(٤) قوله قاضي القضاة : هي وظيفة دينية يتولى قاضي القضاة فيها الاشراف على القضاء وشؤونه وتعيين القضاة ، فهي كمنصب وزير العدل في زمننا ، قال القلقشندي : « الوظيفة الاولى قضاء القضاة ، وموضوعها : التحدث في الاحكام الشرعية ، وتنفيذ قضاياها ، والقيام بالاوامر الشرعية والفصل بين الخصوم ، ونصب النواب للتحدث فيما عسر عليه مباشرته بنفسه، وهي ارفع الوظائف الدينية واعلاها قدرا وأجلها رتبة» (صبح الأعشى : ٤/٣٤ ـ ٣٥) واول من لقب بهذا اللقب هو ابو يوسف قاضي الرشيد الذى كان يرشح القضاة للتعيين بالبلاد (خطط المقريزي : ٢/٣٣٣)وانظر تاريخ بغداد:١٤/٢٤٢وما بعدها في ترجمة ابي يوسف رقم =

لأن قاضي القضاة في حق هذا القاضي بمنزلة الامام في حقه ، ولو قضى للامام جاز ، فكذا هنا .

[٧٨٢] قال :

وكذلك لو ان الامام ولى قاضيا على مثل[1] خراسان ، وأمره أن يولي قضاة على الكُوَر[2] ففعل ، ثم خاصم القاضي الاعلى الى بعض من ولاه ، فقضاؤه جائز له وعليه .

لما قلنا .

=

٧٥٥٨وقال القرشي نقلا عن ابي عمر: لا اعلم قاضيا كان اليه تولية القضاء في الآفاق في الشرق والغرب الا ابا يوسف (الجواهر المضية : ٢/٢٢١ ضمن ترجمته رقم ٦٩٣) وذكر ابن قتيبة ان هرون الرشيد ولى غلاما حدثا قضاء القضاة سنة ١٨٠هـ (الامامة والسياسة : ١٩٥) فهل هو ابو يوسف ؟ ان ابن قتيبة لم يسمه ، وقد بحث هذا الموضوع زميلنا الدكتور عبدالرزاق الانباري في رسالته الماجستيرية بعنوان (قاضي القضاة) ، وتجد خير وصية اوصى بها الخليفة الطائع لقاضي القضاة ابى محمد بن معروف ، وهو العهد الذى كتبه الصابي فى سنة ٣٦٦هـ وصية متكررة بالاكثار من تلاوة القرآن ، وبالمحافظة على الصلوات ، وبالجلوس للخصوم، وفتح بابه لهم ، على العموم ، وأن يوازي بين الفريقين المتحاكمين، ولا يحابي ... الخ (رسائل الصابي ص ١١٥) وانظر حول منصب قاضي القضاة البحث الذى كتبه آدم متز فى كتابه (الحضارة الاسلامية : ١/٤٠٦ وما بعدها) .

(١) ك : ميل (وهو تصحيف) .

(٢) هـ : على الكوفة (وهو تصحيف) .

[٧٨٣] قال :

وان قضى القاضى لولده ، [١٧٨ب] او لولد ولده وان سفلوا من ولد[٣] الرجال والنساء ، او قضى لأبويه ، او لأجداده ، او لجداته من قبل ابيه وأمه ، وان بعدوا ، لم يجز قضاؤه لاحد منهم فى شيء من الاشياء .

[٧٨٤] وكذا اذا قضى لزوجته ، او لمكاتبه ، او لعبده وعليه دين ، او لا دين عليه .

لأنه لو شهد لهؤلاء لم تجز شهادته ، فكذا[٤] القاضى اذا قضى لهم .

وان قضى على احد من هؤلاء كلهم بشيء جاز قضاؤه عليهم جميعا .

لأنه لو شهد على هؤلاء جازت شهادته عليهم ، فكذا اذا قضى عليهم .

[٧٨٥] قال :

وان قضى لأب امرأته ، او لأمها ، وهما حيّان ، جاز قضاؤه لهما .

لانه لو شهد لهما جاز ، فكذا اذا قضى لهما .

وان كانا قد ماتا لم يجز قضاؤه لهما ، اذا كانت امرأته ترث من ذلك شيئاً .

لأنه لو شهد لهما فى هذه الصورة لم يجز ، فكذا اذا قضى لهما[٥].

[٧٨٦] قال :

وان قضى القاضي لامرأة ابنه ، او لزوج ابنته ، والمقضى له حي

---

(١) ب : ولد ولد الرجال .

(٢) ص : فكذا اذا قضى .

(٣) من قوله : (اذا كانت امرأته ترث من ذلك شيئاً ... الى هنا ليس فى ص .

جاز قضاؤه [له][١] وان كان ميتاً لم يجز ، اذا كان الابن او البنت ممن يرثـه •

لما قلنا •

[٧٨٧] قال :

واذا قدم الى القاضي من لا يجوز قضاؤه له ، فلا ينبغي له ان ينظر بينهما ، فان فعل وتوجه الحكم على ابنه[٢] فحكمه[٣] جائز ، وان توجـه الحكم لابنه[٤] على الآخر لم يجز[٥] حكمه لابنه •

لما قلنا •

[٧٨٨] قال :

ولو أن قاضيا شهد عنده شاهدان لرجل بحق على رجل ، فحكم بشهادتهما ، او لم يحكم حتى عزل فمات الشاهدان ، او غابا ، فسأل[٦] المدعي القاضي المعزول أن يشهد[٧] له على شهادة الشاهدين اللذين شهدا عنده ، فلا ينبغي أن يفعل •

لأن الفرع نائب عن الأصل في الشهادة ، وانما يتحقق معنى النيابة[٨]

---

(١) الزيادة من س هـ ل ص ب •

(٢) س ص : على ابيه •

(٣) ص هـ : فحكم جاز •

(٤) س : لأبيه •

(٥) ف ج ك ص : لم يجز عليه حكمه لابنه والصواب ما اثبتناه عن بقية النسخ •

(٦) س : فسأل القاضي المعزول المدعي •

(٧) ص : ان يشهد على •

(٨) ف هـ : وانما يتحقق معنى الشهادة •

بانابة[1] الاصل ، ولم توجد ؛ ألا ترى ان شاهد[2] الأصل لو أشـــهد انسانا على شهادته ، فسمع انسان ذلك منه ، لا يكون له ان شـــهد عـلى شهادته[3] ، فكذا[4] القاضي ، فان شهد مع هذا القاضي وفسر ذلك لم تنفذ شهادته •

لما قلنا •

[٧٨٩] قال :

ولو [١٧٩آ] أن قاضيا عزل عن القضاء ، وقد كان انسان أقر عنده لرجل بحق ، فسأل الطالب القاضى المعزول ان يشهد له على اقرار ذلـك الرجل ، فانه ينبغي له أن يشهد له على ذلك ، وتجوز الشهادة ، ويحكم بها القاضي الذى شهد عنده •

لأنه ليس بنائب فى الشهادة على الاقرار ، حتى تشترط الانابة ؛ ألا ترى انه لو أقر بالحق لانسان ، فسمع انسان آخر اقراره حل[5] له أن يشهد على اقراره[6] ، كذلك لو طلب صـــاحب الحق من القاضي المعزول ، أن يشهد عند القاضى بحق له عليه ، فانه يشهد •

لأن القاضي عاين السبب الموجب للحق ؛ لأن الاقرار يوجب الحق بنفسه ، من غير ان يتصل به قضاء القاضى ، فكان له أن يشهد •

والله اعلم

---

(١) س : بنيابة •

(٢) ص : ان شاهدي الاصل لو اشهدا •

(٣) قوله : (فسمع انسان ذلك منه لا يكون له ان يشهد على شهادته) ليس في هـ •

(٤) هـ ص : فكذا القاضي اذا شهد مع هذا القاضي •

(٥) ف : حق له • س : جاز له •

(٦) ص : على اقراره بالحق وكذلك •••

[Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)]

الباب الثامن والخمسون

في ما يكون فيه خصماً وما لا يكون فيه[1] خصماً

[٧٩٠] قال :

واذا ادعى دارا في يدي رجل ، فقال الذى [هى][2] في يديه : هذه الدار لفلان بن فلان الغائب ، أو دعنيها ، او غصبتها منه ، او أجرنيها[3] ، او ارتهنتها منه ، لا تدفع[4] عنه الخصومة ، حتى يقيم البينة على ذلك ، فاذا أقام فلا خصومة بينه وبين المدعى حتى يحضر فلان الغائب ، لكن لا يثبت الملك للغائب .

وقال ابن ابي ليلى : تندفع الخصومة[5] بدون البينة .

وقال ابن شبرمه : لا تندفع [الخصومة عنه][6] وان اقام البينة .

وهى[7] محمسة كتاب الدعوى ، وتمامها في الجامع[8] .

[٧٩١] قال :

ولو قال الذى[9] في يديه الدار : ليست لي بينة على ادعيت من

---

(١) (فيه) سقطت من هـ ص ب .

(٢) الزيادة من ل .

(٣) س : اجرتها .

(٤) ل : فانه لا تندفع .

(٥) لفظة (الخصومة) ليست في ف ج هـ ص ب .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) ف ج هـ : فهى .

(٨) س : في الخارج وهو تصحيف وقوله في الجامع يقصد به الجامع الكبير وتجد المسألة فيه فى كتاب الدعوى منه ص ١٠٩ ـ ١١٠ وحول المسألة انظر المبسوط : (٤٧/١٧) .

(٩) س : الذى هى في يده الدار .

ملك فلان الغائب انها[1] داره ، او دعنيها ، او غصبتها منه ، او استأجرتها ، او ارتهنتها [منه][2] ، ولكن قد أقررت انت بها ، وأقام بينة[3] على اقرار المدعي بأن الدار لفلان الغائب ، فلا خصومة بينهما في ذلك حتى يحضر الغائب .

لأن الثابت[4] من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعاينة .

ولو عاين القاضي اقرار المدعي ان هذا الشيء ملك فلان الغائب ، لا تكون بينهما خصومة ، فكذا اذا [١٧٩ ب] ثبت[5] هذا بالبينة .

[٧٩٢] قال :

ولو قال الذى في يده الدار : ليست لي بينة ان فلانا أودعني ذلك ، أو أعارني ، أو رهنني[6] ، وان ذلك ملك فلان ، وان هذا المدعي يعلم أن الامر هكذا ، فاستحلفه : بالله ؟ أنه لا يعلم ذلك ، فان القاضي يستحلفه على علمه بالله ؟ ما يعلم[7] أن فلان بن فلان الفلاني أودعه[8] هذا الشيء ، أو أعاره ، أو رهنه ، أو آجره .

لأن المدعي عليه يدعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، فاذا أنكر كان له

---

(١) س : انما .

(٢) الزيادة من ل ب .

(٣) هـ : البينة .

(٤) ص : لان الثابت بالبينة كالثابت .

(٥) هـ ص : اذا ثبت بالبينة (بسقوط لفظة هذا) .

(٦) ف : أرهننى . س : أو وهبنى .

(٨) ل : بالله انه لا يعلم . ب : بالله لا يعلم .

(٩) ب : اودع ، ل : اودعني هذا الشيء أو أعاره مني أو رهنه أو آجره منى .

أن يحلفه ، لكن على العلم ؛ لأنه استحلاف على فعل الغير ، فان نكل فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب •

[٧٩٣] قال :

ولو كانت دابة ، او ثوبا ، او غلاما ، فقال الذى [ذلك][١] في يديه : هذا لفلان ، سرقته منه ، او انتزعته منه ، او وصل الى ذلك من قبل فلان ، وهو على ملك فلان ، وأقام بينة على ذلك ، فلا خصومة بينهما •

لما قلنا •

وكذلك لو شهد الشهود أن فلانا الغائب دفعها الى هذا وديعة ، او عارية ، او غصبا ، او اجارة ، او رهنا ، ولا يدرى هي لفلان الغائب ، أو لا •

لأنهم شهدوا ان يد هذا يد أمانة ، وليست بيد[٢] خصومة •

وكذلك لو قالوا : رأيناه سرق [ذلك][٣] من فلان ، ولا ندري هو لفلان أو لا ، فهذا كله سواء ، ولا خصومة بينهما ، حتى يحضر الغائب •

لما قلنا •

[٧٩٤] قال :

ولو قال للذي ذلك [الشيء او الدار][٤] في يديه [أن][٥] فلانـا أودعني هذا ، أو ارتهنت منه ، او استأجرته منه ، فسأله القاضي البينة على

---

(١) الزيادة من ب •

(٢) ب : يد •

(٣) ف ج ك م ل: رأينا سرق من فلان والتصحيح والزيادة من ص•

(٤) ف ج ك ب : ولو قال ذلك للذى في يديه • ص هـ : ولو قال الذى في يديه ، والتصحيح والزيادة من ل س •

(٥) الزيادة من ل •

ذلك ، فأقام شاهدين ، فشهدا : أن هذه الدار ، أو ذلك الشيء الذى في يد المدعى عليه لفلان الغائب ، ولم يشهدوا على عارية ، ولا وديعة ، ولا على شيء[1] مما ذكرنا ، ولا أن ذلك وصل اليه من قبل فلان ، فهو خصم .

لأنهم شهدوا بالملك فيه للغائب لا غير ، فكانت الشهادة بهذه[2] الاشياء قائمة للغائب ، وليس عنه خصم حاضر .

فرق بين البينة والاقرار ؛ فان المدعي اذا أقر أن ذلك ملك فلان الغائب ، تندفع عنه الخصومة [١٨٠ آ] .

والفرق : أن الاقرار بأنه ملك فلان الغائب اقرار على نفسه فصح ، فثبت ان يد هذا ليست بيد خصومة .

[٧٩٥] قال :

ولو قال المدعي : اشتريتها من فلان الغائب ، وقال الذى ذلك[3] الشيء فى يديه : اودعنى ، او أعارني ، أو غصبته ، او سرقته منه ، أو أقر ان ذلك وصل اليه من قبل فلان الغائب فلا خصومة بينهما .

لانهما تصادقا أن الملك كان لفلان الغائب ، ثم ان المدعي يدعي ذلك لنفسه ، وليس عن الغائب خصم[4] حاضر ؛ لأن هذا الذى[5] ذلك الشيء

---

(١) ب ف ج س هـ ص : ولاشيء . ك : ولا لاحد شيء والتصحيح من ل .

(٢) ل : بهذا قائمة .

(٣) هـ ص ب : الذى ذلك فى يديه (بسقوط لفظة الشيء) .

(٤) ب : وليس عن الغائب خصم لان هذا ... (بسقوط كلمة حاضر) .

(٥) هـ ص ب : لان هذا الذى فى يديه ... (بسقوط عبارة ذلك الشيء) .

في يديه ليس بوكيل عنه ، فلا[1] تكون بينهما خصـــومة ، الا أن يقيم المشتري بينة ان فلانا الغائب وهو البائع وكله بقبض ذلك من هذا الـذى هو فى يده ، فان اقام على ذلك بينة تقبل ، وكان له قبض ذلك •

لأنه ادعى على الحاضر حقا ، فينتصب الحاضر عنه خصما •

[٧٩٦] قال

ولو كانت دابة ، او جارية فى يدي رجل ، فقال المدعي : هـــذه دابتي ، أو جاريتي غصبت[2] مني ، او سرقت منى ، وأقام الذى فى يديه بينة : أن فلانا أودعه ذلك ، او اقام البينة : انه مودع فيه من جهة فلان ، فلا[3] تندفع عنه الخصومة •

لأن المدعى يدعي عليه فعلا ، وهو ما احال بهذا الفعل على غـــيره فبقى[4] خصما له ، بخلاف ما اذا ادعى المدعى الملك المطلق ؛ لأن المدعى عليه انما انتصب خصما باعتبار اليد ، فتبين ان اليد ليست يد ملك ، فـلا ينتصب خصما •

[٧٩٧] قال :

وأما اذا قال المدعي : دابتي، او جاريتي، غصبت مني او سرقت مني، وأقام الذي ذلك فى يديه بينة : أن فلانا اودعه ذلك ، او اقام بينة : انـه مودع فيه من جهة فـــلان [فقد] اجمعوا[5] عـلى انـه فى الغصب تندفع الخصومة ، وفي السرقة اختلفوا :

---

(١) ف ج : فلأن تكون (وهو تصحيف) •
(٢) ص : غصبتها منى او سرقتها منى •
(٣) ل : فانه لا تندفع •
(٤) س : فيصير خصما •
(٥) ص هـ ف ج : اجمعوا ان فى الغصب •

قال ابو حنيفة رحمه الله : لا تندفع ، وهو بمنزلة ما لو ادعى عليه السرقة[1] •

وقال غير ابي حنيفة : تندفع عنه الخصومة •

وموضع المسألة كتاب السرقة والغصب •

[٧٩٨] قال :

ولو ان الذى ذلك [الشيء][2] في يديه قال : أودعني ذلك رجل ، ولم يسمّه ، وجاء بشاهدين ، فقالا : نشهد ان رجلا اودعه اياه ، فان القاضى يسألهما [١٨٠ ب] عن الرجل ، فان قالا : لا نعرفه بوجهه ، فانه لا تندفع الخصومة عنه بالاجماع •

وان قالا : نعرفه بوجهه ، ولا[3] نعرفه باسمه ونسبه [فقد][4] اختلفوا فيه :

قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله : تندفع[5] عنه الخصومة •

وقال محمد : لا تندفع ، حتى يعرفاه باسمه ونسبه •

غير ان عند ابى يوسف ههنا ، وفى الموضع الذى سميا ونسبا ، وفى المواضع[6] الأخر التى ذكرنا انه يقبل البينة على ذلك ، اذا لم يعرف القاضي ان الرجل معروف بالحيل •

اما اذا عرف فلا[7] تقبل •

---

(١) ص : سرقة •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ل : ولا نعرف اسمه ونسبه •

(٤) الزيادة من ل •

(٥) ص : تندفع الخصومة •

(٦) ف ج هـ ص ب : وفى مواضع أخر •

(٧) ف ك ج : لا •

ذكر صاحب الكتاب الاختلاف في هذه الصورة •

وقال غيره : الخلاف فيما اذا ادعى ذو اليد الوديعة ، والاجارة من رجل معروف ، بأن قال : أودعني[1] ، او آجرني فلان ، يعني فلان بن فلان ، لكن شهد شاهدان ان رجلا اودعه اياه ، أو آجره ، وقالا[2] : نعرفه بوجهه ، اما اذا قال ذو اليد : اودعنى رجل لا تقبل شهادتهم بالاجماع •

وهو الصحيح •

[٧٩٩] قال :

ولو قال الذي[3] ذلك الشيء في يديه : اودعنيه فلان - يعنى فلان ابن فلان - وشهد الشهود انه اودعه ذلك رجل لا يعرفونه لم[4] تقبل هذه الشهادة •

لانهم شهدوا لمجهول •

[٨٠٠] قال :

ولو قال : اودعنى رجل لا أعرفه ، وقال الشهود : اودعه ذلك فلان، يعنى فلان بن فلان ، لم تقبل الشهادة ، وكان خصما •

لأن دعوى مدعي الوديعة غير صحيحة[5] ؛ لأنه يدعي الفعل[6] من المجهول ، والشهادة بلا دعوى لا تقبل •

---

(١) ص : اودعنى او اعارني فلان •
(٢) س : وقال : لا نعرف وجهه •
(٣) هـ ص ب : ولو قال الذى فى يديه •
(٤) ص : لا تقبل •
(٥) ب هـ ص ف ج : غير صحيح •
(٦) س : يدعي التوكل من مجهول •

[٨٠١] قال :

ولو أن رجلا اشترى دارا شراء فاسدا ، وقبضها ، ثم ادعاها رجل ، وأقام بينة انها له بالشراء ، حكم له ، وقضى بها عليه للذى اقام البينة ، ويرجع المشتري على بائعه بالثمن الذى نقده اياه •

لأن الشراء الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ، فيصير خصما فيه ؛ كما في الملك بالشراء الجائز •

وكذا الهبة عند اتصال القبض بها ، والصدقة عند اتصال القبض[1] بها تفيد الملك ، فينتصب[2] خصما فيه لمدعي الملك ، بخـلاف الرهن ، والاعارة ، [١٨١ آ] والوديعة ، والاجارة ، فان[3] صاحب اليد لا يكون مالكا ، فاذا لم تكن يده يد ملك فلا ينتصب خصما لمدعى الملك •

[والله اعلم]

* * *

---

(١) من قوله : فيصير خصما فيه كما فى الملك بالشراء ••• الى هنا ليس فى هـ •

(٢) ل : فينتصب المدعي بالملك خصما • ف هـ : فينتصب بـه خصما ، ب ص : فينتصب خصما به •

(٣) ص : قال صاحب اليد (وهو تصحيف) •

الباب التاسع والخمسون

في كتاب القاضي الى القاضي

[٨٠٢] ذكر عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة[١] .

وهذه مسألة اختلف فيها السلف على أقاويل[٢] :

فكان[٣] الشعبي يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة .

---

(١) قوله : ذكر عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة روى ذلك وكيع عن عبدالله بن احمد بن حنبل قال : حدثنا حميد ابن عبدالرحمن ، قال : حدثنا حسن بن صالح بن عيسى بن ابي عزة قال : كان الشعبي يسأل الشاهد ان يجيء بمن يزكيه قال : لم يزل ذلك بعد قال : وكان الشعبى يجيز الكتاب المختوم يأتيه من القاضي (اخبار القضاة: ٤١٦/٢) .

(٢) قوله على أقاويل قلت روى وكيع : « حدثني الاحوص بن المفضل بن غسان بن المفضل ، قال: حدثني ابي ، قال: اخبرني أبي ، قال: أول من سأل البينة على كتاب القاضي الى القاضي ابن ابي ليلى ، فاعجب ذلك سوارا ، وقال : قد كنت أذهب الى هذا ، فكرهت ان احدث شيئاً لم يكن ، فاحدثه سوار » (اخبار القضاة : ٦٧/٢) وقارن ذلك بما ذكره في (جـ ٣ ص ١٣٤) وانظر حول اقاويلهم فى سؤال القاضي البينة على الكتاب : المبسوط : ٩٥/١٦ ، والام للشافعي : ٢١٧/٦ ، ٥٢/٧ ، والمختصر من كلام الشافعي : ٢٤٤/٥ ، واختلاف ابى حنيفة وابن ابي ليلى (في نهاية الام ١٤٠/٧) ادب القاضي للماوردى : ٨٩/٢ رقم ٢١٩٦ ، ٩٦ رقم ٢٢٢٣ ، المغني : ٤٥٧/١١ ، الشرح الكبير ٤٦٧/١١ ، أدب القاضى للسروجي ٩ ب النكت ٢٩٦ ب .

(٣) عبارة س على الوجه التالي : على اقاويل : احدها ما حكيناه عن الشعبي .

=

وكان عمر بن عبدالعزيز رحمه الله يشترط ان يكون الكتاب مختوماً، ادا كان الختم[1] معروفا .

وكان بعضهم يشترط مع الختم ان يكون معنونا فى ظاهره وباطنه . وكان بعضهم يقول : لا نقبل حتى تقوم عليه البينة انه كتاب القاضى، وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله .

فالشعبي يقول :

اجمعنا[2] أن كتاب أهل الحرب اذا جاء الى امام المسلمين يكون معتبرا بغير بينة ، حتى اذا دخل الكافر الذى معه الكتاب دار الاسلام بغير استئمان[3] يكون آمناً[4] ، فلأن يكون الكتاب الذى جاء من قاضى المسلمين معتبرا من غير بينة اولى . وصار هذا كرسول القاضى الى المزكي ورسول المزكى الى القاضي [حيث][5] يكون معتبرا من غير بينة فكذا هذا .

وعمر بن العزيز يقول : الكتاب متى كان مختوما ، والختم

=

والثاني : روي عن عمر بن عبدالعزيز رضى الله عنه انه كان يشترط كون الكتاب مختوما اذا كان الختم معروفا .
والثالث : ان بعضهم كان يشترط ان يكون مع الختم معنونا معروفا في ظاهره وباطنه .
وكان بعضهم يقول : لا تقبل حتى تقوم عليه البينة انه كتاب القاضي وبه اخذ علماؤنا . فالشعبي يقول : اجمعنا ان كتاب اهل الحرب ... الى آخره .

(١) ف ك : المختم .
(٢) ل : اجمعنا على ان .
(٣) س : امان . ف ك ل : بعد استئمان .
(٤) ف يكون امضاء .
(٥) الزيادة من ل .

معروفا[1] ، يؤمن فيه من الزيادة والنقصان والتبديل والتغيير •

ونحن نقول : كتاب القاضي ملزم ، فانه يجب على القاضي ان ينظر فيه ، ويعمل به ، والحجة لا تكون ملزمة الا ببينة ؛ بخلاف كتاب اهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم شيئاً ، فانه متى ورد على الامام فهو بالخيار ان شاء اعطاه الأمان وان شاء لم يعطه[2] الأمان • فلا تشترط فيه البينة ، وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ، ورسول المزكي الى القاضي ؛ لأن القضاء ثمة انما يقع بشهادة الشهود لا بالتزكية •

[٨٠٣] ذكر عن عمر[3] بن ابي زائدة او عمير قال :

جئنا بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية ، فجئت وقد عزل اياس واستقضى الحسن ، [١٨١ ب] فدفعت كتابي اليه فقبله ، ولم يسألني بينة عليه ، ففتحه ، ثم نشره ، فرأى لي ، وفي رواية فوجد لي فيها شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة درهم ، فقال لرجل يقوم على راسه : اذهب بهذا الى زياد ، فقل له ارسل الى فلان بن فلان فخذ

(١) ب : معروف • س : معروف أمن •

(٢) ص : وان شاء لم يعطه فلا يشترط ••• (بسقوط كلمة الامان) •

(٣) س : عن محمد بن ابي زائدة ، ل : عن عمر بن ابي زائدة وما اثبتناه عن الاصل ك وعن سائر الاصول وعن تقريب التهذيب (٢/٥٥ رقم ٤٢٦) وهو فيه عمر بن ابي زائدة الهمداني بالسكون الوادعي الكوفي اخو زكريا صدوق رمي بالقدر ، من الطبقة السادسة ، مات بعد الخمسين انتهى [أى بعد المائة] ومن اخبار القضاة (٢/٨) وغيرها كما في التخريج • اما عمرو بن زائدة فهو صحابي ويقال فيه عمرو بن قيس بن زائدة ويقال زيادة وهو غير مراد هنا قطعا لان نسبه يختلف ولانه توفي في آخر خلافة عمر (تقريب التهذيب ٢/٧٠ رقم ٥٨٢) •

منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا ، فذهب[1] بي ففعل[2] ٠

ولسنا نأخذ بهذا ؛ فان الكتاب اذا جاء من قاض الى قاض ، وقد مات المكتوب اليه او عزل فدفع الى قاض آخر فانه لا يقبله ، ولا يكون حجة ٠

وتأويله : انه يجوز ان الحسن كان عالما بوجوب ذلك الحق ، وانما قضى بعلم نفسه لا بالكتاب ، فان كان هذا العلم حصل [له] في حالة القضاء

---

(١) ل : فذهب ففعل ٠

(٢) قوله : ذكر عن عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئنا بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس ٠٠٠ الخ روى وكيع قائلا : اخبرني الحارث بن محمد عن محمد بن سعد عن معاذ بن معاذ عن عمر بن ابي زائدة قال : جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية ، فجئت وقد عزل ، واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني عن بينة (أخبار القضاة : ٢/٨) وروى بسند آخر عن محمد بن علي بن عربي قال : حدثنا الاصمعي قال : سمعت عمر بن ابى زائدة يقول : جئت الى اياس من قاضي الكوفة بكتاب فختمه ودفعه الينا ووضعه فى كتبه ، فدفعناه الى الحسن حين استقضى فأرسل معنا حرسا الى العامل خذاها ولا تجمعهم (اخبار القضاة : ٢/٨) وروى فى موضع آخر عن عبدالله بن احمد قال : حدثنا شجاع بن مخلد قال : حدثنا هشيم ، قال : اخبرنى عمر بن ابي زائدة ، قال : اتيت الحسن وهو قاض يومئذ بكتاب من بعض القضاة ، قال : فقبله ، وقضى بما فيه ، ولم يذكر انه سأله على الكتاب ببينة (٢/١١) ورواه بسند آخر عن عبدالله بن محمد بن حسن قال : حدثنا عقبة بن مكرم قال : حدثنا سلم بن قتيبة ، عن عمر بن زائدة قال : اخذت كتابا من ابن أشوع بالكوفة وهو على القضاء الى اياس بن معاوية وهو على قضاء البصرة بحق لي على رجل ، فقدمت البصرة ، وقد عزل ، وقد قام الحسن بالقضاء ، فدفعت كتابي الى الحسن فانفذ كتابي ، وأخذ لي بحقي (اخبار القضاة : ٢/١١-١٢) ٠

كان قول الكل ، وان كان حصل قبل القضاء كان قولهما ، فصار الحديث حجة لهما على ابي حنيفة رحمه الله •

وانما ارسل الرجل الذى قام على رأسه الى زياد ، ولم يرسل الخصم ؛ لأن زيادا كان واليا ، وقد عجز الحسن عن استخراج الحق من[1] المطلوب •

وعندنا اذا عجز عن استخراج الحق من المطلوب يجوز له ان يستعين بالوالي •

[٨٠٤] قال :

واذا تقدم الرجل الى القاضى ، فسأله[2] أن يقبل بينة[3] على حق يلزمه ببينة له على رجل فى بلد آخر ؛ ليكتب له كتابا الى قاضى ذلك البلد ، فان القاضي يسمع من شهوده على حقه الذى يدعي •

لأن الحاجة ماسة الى هذا ، فان الانسان قد يتعذر عليه الجمع بينه وبين خصمه والشهود فى مجلس القاضى ، فكان فيه حاجة ماسة كما في الشهادة على الشهادة ، ثم الشهادة على الشهادة جعلت حجة لمكان مساس الحاجة ، فكذا كتاب القاضى الى القاضى •

ثم المدعى لا يخلو : اما ان كان دينا ، او عقارا ، او عروضا :

ففي الدين والعقار يجوز كتاب القاضي الى القاضي بالاجماع ؛ لأن الحاجة فى الدين الى بيان[4] قدره ووصفه [١٨٢ آ] ، وفي العقار الى

(١) ف ج ب : عن المطلوب •

(٢) ب : يسأله •

(٣) ب هـ : بينته •

(٤) ك ف ص ج هـ م : الى اثبات قدره وما اثبتناه عن ب س ل •

التحديد[١] وذلك ممكن فيجوز •

واما في العروض ؛ نحو الثياب والعبيد والجوارى ، فلا[٢] يجوز كتاب القاضى الى القاضى فيه •

لأن الشرط فيما ينقل الاشارة اليه من المدعى والشهود ، فاذا عدم هذا الشرط فلا تقبل الدعوى والبينة[٣] على ذلك[٤] •

وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال : يجوز فى العبيد فى الاباق لضرورة ، بشرائط على مانبين بعد هذا ولا يجوز فى الجوارى •

روى عنه[٥] محمد رحمه الله ثم[٦] ذكر بعد هذا وروى عنه انه قال : يجوز فى العبيد والجوارى جميعا ، ولا يجوز فى غيرهما من المنقولات •

وروى عنه فى النوادر[٧] انه قال : يجوز فى جميع العروض ، وبه أخذ مشايخنا المتأخرون •

قال[٨] الامام [القاضى][٩] الاسبيجابي : وعليه الفتوى •

[٨٠٥] ثم اذا أراد القاضى أن يكتب الى قاض آخر فانه يكتب في الكتاب اسم المدعى ، واسم ابيه ، واسم جده ، وحليته ، ونسبه الى قبيلته ،

---

(١) س : الى تحديده •

(٢) ف : لا يجوز ، لا : فانه لا يجوز •

(٣) س : الدعوى بالبينة •

(٤) قوله (على ذلك) ليس فى ب ف ج •

(٥) س : رواه عنه محمد وروى انه يجوز (اى بسقوط عبارة تم ذكر بعد هذا) •

(٦) لفظة (ثم) سقطت من ف ج هـ ص ب •

(٧) س : في النوادر الجواز فى جميع العروض •

(٨) ف ج ك : قاله الامام •

(٩) الزيادة من س ل • وفى ب ص هـ : القاضى الامام •

وفخذه ، او صناعته ان لم يكن من العرب •

وكذا يكتب اسم المدعى عليه ، واسم ابيه ، واسم جده ، وحليته ، ونسبته الى قبيلته ، وفخذه ، او صناعته ان لم يكن من العرب •

فان ذكر اسمه واسم ابيه وجده ، وترك ما سوى ذلك جاز وكفاه •

وان ذكر اسمه واسم ابيه ولم يذكر اسم جده كان في صحة الكتاب الخلاف المعروف بين اصحابنا •

وكذا لو نسبه الى قبيلته وفخذه وترك اسم الجد ، او نسبه الى صناعته المعروفة ان لم يكن عربيا ، وترك اسم الجد كانت[1] صحة الكتاب على ذلك الخلاف ايضا •

فاذا ذكر اسمه ولم يذكر اسم ابيه ، لكن نسبه الى قبيلته وفخذه ، فقال : فلان التميمي ، او النضري[2] ، لا يصح الكتاب بالاجماع •

[٨٠٦] واذا صحت النسبة ، فبعد[3] ذلك المسألة على ثلاثة اوجه :

اما ان عرف القاضي المدعي •

او لم يعرفه ، لكن سأل الشهود عن [١٨٢ ب] اسمه ونسبه الى جـده •

او لم يعرف ولم يسأل [الشهود][4] •

ففي الوجه الاول يكتب : : حضر مجلس الحكم يوم كذا وكذا رجل يقال له فلان بن فلان ، وقد اثبت معرفته انه فلان بن فلان •

---

(١) ف ك ج : كان صحة ••• س : كان في صحة الكتاب الخلاف المعروف بين اصحابنا •

(٢) ل ب س ص : البصرى •

(٣) ك ف ج ل م : بعد والزيادة من س •

(٤) الزيادة من ل •

او يكتب عرفته [انه] فلان بن فلان بن فلان ، وزعم ان لـه عـلى فلان بن فلان بن فلان كذا الى آخر الكتاب •

وفي الوجه الثاني يكتب : حضر مجلس الحكم يوم كذا وكذا رجل ذكر انه فلان بن فلان الفلاني ، ولم اعرفه ، فاقام البينة فشهدوا انه فلان ابن فلان الفلانى ، فاثبت معرفته ، او يكتب : عرفته ، او يكتب : ثبت عندى بحجة حكمية[1] انه فلان بن فلان الفلانى •

وفي الوجه الثالث يكتب : حضر مجلس الحكم يوم كذا وكذا رجل ذكر انه فلان بن فلان الفلاني ، فيستقصي في تعريفه كي لا يتسمى رجل باسم رجل فيأخذ [ذلك][2] المال بغير حق •

فاذا عرف المدعي يعرف[3] المدعى عليه على نحو هذا •

[٨٠٧] ويكتب اسماء الشهود الذين شهدوا عنده ، وانســابهم ، وحلاهم ، ومواضعهم ، ويعرفهم كما عرّف المدعى والمدعى عليه •

لأنه ربما يطعن المشهود عليه الغائب فيهم فينبغي ان يعرف انسابهم ، حتى اذا طعن فى البعض يعرف المطعون من غيره •

ولو لم يكتب اسماءهم وانسابهم[4] ، واخفى ، واكتفى بذكر قوله : شهد بذلك عندى شهود عدول قد عرفتهم ، واثبت معرفته كفاه •

لما قلنا فى القاضي اذا كتب السجل اذا شاء أظهر فيه اسماء الشهود وأنسابهم ، وان شاء اخفى واكتفى بقوله : بعد ما ثبت عندي بشهادة شهود

---

(١) س : بحجة شرعية • ف ج : بحجة محكية •

(٢) الزيادة من س ل ص ب • وفى هـ : او يأخذ المال •

(٣) س : وعرف •

(٤) صب : وانسابهم واكتفى •

عدول ، فكذا ههنا .

ثم اذا كتب اسماء الشهود فالمسألة على وجهين :

ان عرفهم القاضي بالعدالة كتب ذلك في الكتاب .

وان لم يعرفهم بالعدالة سأل عنهم .

فاذا عدلوا كتب في الكتاب : انه سأل عنهم فعدلوا عنده ، وعرفوا بخير ؛ لأن القاضى المكتوب اليه محتاج الى أن [١٨٣ آ] يقضى به . وانما يمكنه(١) القضاء اذا ظهرت عدالة الشهود .

فان لم يكتب القاضى عدالة الشهود فلا(٢) بأس به .

لأن القاضى المكتوب اليه متى وصل اليه الكتاب يتفحص عن حال الشهود الذين شهدوا عند القاضى بالحق ، فمتى(٣) ظهرت(٤) العدالة فحينئذ يقضى .

فاذا كتب الكتاب يقرأ كتابه على الشهود الذين يشهدهم على الكتاب .

لأن عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول معرفة ما في الكتاب للشهود شرط ، فما لم يقرأ عليهم لا يعرفونه .

[٨٠٨] قال :

ويدفع اليهم نسخة تكون معهم حتى يحفظوا ما في الكتاب .

لأنهم ان نسوا ما فى الكتاب لم تقبل شهادتهم عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف الاول .

[٨٠٩] قال :

ويختم الكتاب بحضرتهم .

---

(١) س : ولا يمكنه القضاء الا اذا ظهرت ...

(٢) الفاء فى (فلا) زيادة من س .

(٣) ف : فمن .

(٤) ل : ظهرت عدالة الشهود .

لأنه لو لم يختم بحضرتهم يتوهم التغيير والتبديل •

[٨١٠] قال :

ويشهدهم أن هذا كتابه الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وكذا ، وهذا خاتمه عليه •

كي لا يشتبه على الشهود حال المكتوب اليه •

[٨١١] فصار عند ابى حنيفة ومحمد ، وهو قول ابى يوسف الاول شرط صحة كتاب القاضى الى القاضى اشياء :

احدها : أن يقرأ عليهم الكتاب ، او يخبرهم بما في الكتاب •

والثاني : أن يختم[1] بحضرتهم •

والثالث : ان يحفظوا ما في الكتاب •

حتى لو عدم شيء من هذه الاشياء لا يقبل ، وأشياء أخر تأتي بعد هذا فى باب القاضى يرد عليه كتاب من قاض •

وعند ابي يوسف آخرا ليس[2] شيء من هذه الاشياء بشرط ، بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه ، فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضى المكتوب اليه كفى •

والحجج تعرف فى المبسوط •

[٨١٢] قال :

واذا كتب القاضى الكتاب فقال : هذا من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا وكذا ، ولم يكتبوا اسم ذلك القاضى واسم ابيه ، فعند ابي حنيفة ومحمد ، وهو [١٨٣ ب] قول ابي يوسف الاول ينبغي للقاضى الذى يرد

---

(١) ل : يختمه •

(٢) ب ف ج هـ ص : وعند ابى يوسف آخرا شيء من هذه الاشياء ليس بشرط •

عليه الكتاب ان لا يقبله .

وقال ابو يوسف آخرا : يقبله ، بشرط ان يكون تاريخ الكتاب بعد ولاية الذى يصل اليه الكتاب .

وهذا[1] على الخلاف ؛ اذا كتب القاضى الكتاب ، فقال هذا : من فلان بن فلان الى من وصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم .

وأجمعوا انه لو كتب هذا : من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا فلان ابن فلان ، والى كل من من وصل اليه كتابي هـــذا من قضـاة المسلمين وحكامهم ، فمتى ورد الكتاب على[2] كل قاض [فانه][3] يقبله .

ابو يوسف يقول : ذكر الاسم والنسب انما كان للاعلام ، والقاضى فى كل بلدة معروف ومشـــهور ، فتقع الغنية فى حقه عن ذكـــر الاسم والنسب ؛ الا ترى ان[4] ابا حنيفة وابن ابى ليلى لما صارا مشهورين وقع الاستغناء فى حقهما لاعلامهما .

وابو حنيفة ومحمد يقولان : اعلام القاضى المكتوب اليه شرط ، وانما يصير معلوما بالاسم والنسبة[5] ، ولم يوجد ، بخلاف ما اذا سمى فلان ابن فلان ، ثم قال : والى كل من يصل اليه ؛ لان الاول قد صار معلوما بذكر الاسم والنسبة ، وما وراءه تبع له ، فأمكن الحاقه به .

---

(١) ص : وعلى هذا الخلاف ...

(٢) ص : الى .

(٣) الزيادة من ل .

(٤) ك ل : ان ابا حنيفة ومحمدا وابن ابي ليلى (بزيادة لفظة – ومحمدا –) ولم توجد فى النسخ الاخرى .

(٥) ص س : والنسب .

[٨١٣] وقال :

وكل حق يدعيه رجل من دين ، او قرض[1] ، او غصب ، او وديعة ، او مضاربة ـ يعني وديعة مجحودة ، او مضاربة مجحودة ـ او ضيعة ، او داراً[2] ، او عقارا في يدي رجل ، فان القاضي اذا ثبت ذلك عنده كتب مصاحبه بذلك[3] .

لأن دعوى الوديعة المجحودة ، ودعوى المضاربة المجحودة دعوى[4] الدين ، والدين والعقار مما لا ينقل ، وكتاب القاضي الى القاضي فيما لا ينقل جائز بالاجماع ؛ لعدم الحاجة الى الاشارة .

فأما المودع والمضارب اذا كان مقراً فلا حاجة الى كتاب القاضي الى القاضي فيه .

[٨١٤] قال :

وكذلك اذا ادعت امرأة نكاحا [١٨٤ آ] على رجل ، او ادعى رجل على امرأة نكاحا ، او امرأة ادعت طلاقا على زوجها ، او رجل ثبتت[5] وكالته او وصيته ، واراد كتاب القاضي بذلك ، فانه يكتب له به .

لأن هذه الاشياء مما لا تنقل[6] ، فكان كتاب القاضي فيها جائزا بالاجماع ؛ لعدم الحاجة فيها[7] الى الاشارة .

---

(١) ف : او اقراض . هـ : أو قراض .

(٢) ف ج م هـ ص : أو عقارا أو دارا .

(٣) قوله : (بذلك) ليس في ب .

(٤) ب س : ودعوى .

(٥) ك ف ج : يثبت .

(٦) ف مما تنقل .

(٧) ف ج م : فيه .

فان قيل : الاشارة فى باب النكاح شرط ، وكتاب القاضى فيما يحتاج فيه الي الاشارة لا يجوز •

قيل له : الإشارة الى الخصم شرط كاف[1] ، وهو الرجل او المرأة ، وهو ليس بمدعى به ، انما المدعى به شيء آخر ، فصار نظير النكاح الدين، فان الدين فى الذمة ، والاشارة الى الغريم شرط ، ومع هذا جاز كتاب القاضى فيه الى القاضى كذا هنا •

[٨١٥] قال :

وان ادعى عبدا ، او دابة ، او امة ، او عرضا من العروض ممـــا ينقل ويحول ، فعند[2] ابى حنيفة ومحمد ، وهو قول ابى يوسف الاول : القاضى لا يكتب فيه كتابا[3] •

وعند ابي يوسف آخراً يكتب فى العبد ، لكن اذا أراد أن يكتب به[4] يكلف المدعى اقامة البينة ان كان له عبد فأبق وهو اليوم في يد فلان ، ويعرف العبد غاية التعريف من الحلية والصفة والاسم والسن والقيمة والدار التى جلب منها •

فاذا كتب ، وختم ، وفعل كما قلنا من قبل ، فاذا ورد هذا الكتاب على القاضى المكتوب اليه ، احضر ذلك القاضى المدعى عليه والغلام ، ثـم يفك الكتاب ، وينظر فى الغلام وفى الكتاب ، فان وافق حلية الغلام ما في الكتاب ختم فى عنق الغلام ــ يعنى من الرصاص ــ ودفع الى المدعى من غير ان يقضى بالملك له ، واخذ منه كفيلا ، وأمره ان يذهب بالغلام الى

---

(١) ب : كفى •

(٢) ف ج ك : وعند •

(٣) قوله (كتابا) ليس فى هـ •

(٤) قوله : (به) ليس فى ف ج هـ •

القاضى الكاتب .

فاذا حضر الى القاضى الكاتب أمر[1] القاضى الكاتب باعادة البينة على أن هذا الغلام بعينه ملكه .

فاذا اعاد[2] البينة على ذلك فبعد ذلك اختلفت الروايات عن ابـي يوسف فيه[3] :

فذكر فى بعضها : ان هذا القاضى الكاتب يقضى به له ، ثم يكتب[4] الى قاضى تلك البلدة ؛ ليبرىء الكفيل .

وذكر فى بعضها : انه اذا سمع البينة ، واشاروا اليه فيكتب[5] كتابا آخر الى قاضى تلك البلدة [١٨٤ ب] ، ويبعث بهذا العبد اليه حتى يقضى بالعبد للطالب ، ويبرىء كفيله .

قال محمد[6] :

قال ابو يوسف : اجيز هذا فى العبد ، ولا أجيزه فى الأمة .

والفرق له من وجهين :

احدهما : ان العبد انما يخدم خارج البيت ، فيقدر على الاباق غالبا ، فتمس[7] الحاجة الى الكتاب ، فأما الأمة [فانها][8] انما تخدم داخل البيت

---

(١) ب : أمره .

(٢) ف ج هـ ب م : فاذا اعاد فبعد ذلك ... (بسقوط عبارة : البينة على ذلك) .

(٣) قوله (فيه) ليس فى ف هـ ب .

(٤) ب : يكتب قاضي تلك البلدة (بسقوط الحرف : الى) .

(٥) هـ ف : يكتب .

(٦) ل س : قال محمد بن الحسن .

(٧) ف ج ص م : فلا تمس الحاجة الى الكتاب والثاني ... الخ اى بسقوط سطر .

(٨) الزيادة من ل .

فلا تقدر على الاباق غالبا ، فلا تمس الحاجة الى الكتاب •

والثاني : أن باب الفرج مما يحتاط فيه ، فلم يجز دفع الجارية الى رجل[١] لم يقض بالملك له •

الى هذا الفرق اشار ابو يوسف رحمه الله فقال : أرأيت لو كانت جارية جميلة ، أكنت تدفعها[٢] الى الطالب ؟

[٨١٦] قال :

وان كتب القاضي كتابا للطالب في حق ادعاه سوى العبد ، وقد أقام عليه البينة ، فضاع الكتاب من الطالب ، فسأل القاضي ان يكتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي به فانه يكتب له كتابا •

لأن[٣] ما هو المقصود ، وهو الوصول الى حقه ، لم يحصل له بذلك الكتاب ، فيكتب[٤] له به مرة اخرى ، لكن يكتب : انى قد كتبت له كتابا مرة ثم جاء بعد زمان وزعم انه قد ضاع منه ذلك الكتاب ، حتى لا يحتال بحيلة فيستوفي حقه مرتين •

[٨١٧] قال :

وكذلك لو انتقل المطلوب منه من ذلك البلد الى بلد آخر ، فسأل الطالب القاضي أن يكتب له كتابا آخر الى قاضي البلد الذى انتقل اليه المطلوب •

لما قلنا •

لكن يكتب : انه قد كتب مرة الى قاضي بلد كذا ، وانه زعم بعد

---

(١) ص : الى يد رجل •

(٢) ف ج م ك : ادفع •

(٣) ل : لان ظاهر المقصود •

(٤) ب : فيكتب مرة •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

زمان ان غريمه انتقل الى بلد آخر ؛ لما قلنا •

[٨١٨] قال :

وان ثبت حقه ، وكتب[١] له القاضي ، فقدم المطلوب الى البلد الذى فيه القاضى الكاتب ، وقدمه الطالب اليه ، فلا ينبغي للقاضى ان يحكم عليه بشهادة اولئك الذين شهدوا ، حتى يأتوا فيشهدوا بحضرته •

وقال صاحب الكتاب :

لأن فى هذا كانت شهادتهم على غائب •

ومعناه : ان الشهادة على الغائب [١٨٥ آ] انما تسمع للنقل لا للقضاء ، فكان هذا بمنزلة شاهد الفرع اذا تحمل الشـــهادة ، ثم استعفي لا يقضى بشهادة الاصل حتى يشهد غيره على الحق ؛ لأنه انما سمع شهادته ليتحمل عنه الشهادة ؛ لا ليقضى بتلك الشهادة •

[٨١٩] قال :

ولو[٢] اثبت رجل وفاة رجل ، وعدد[٣] ورثته ، وهو وارث ، واراد من القاضى كتابا بذلك الى قاض آخر كتب له •

لأن المشهود به ليس بشيء ينقل ، فيجـــوز فيه كتاب القاضى الى القاضى •

وكذلك ان أثبت[٤] نسبه من رجل ميت كتب ذلك له • لما قلنا •

[٨٢٠] قال :

---

(١) ب : وكتب الى القاضي •
(٢) ب : وان اثبت •
(٣) ب : وعدة •
(٤) ك ف ج : ثبت •

ولو أن رجلا حضر[1] الى القاضى وقال : أنا فلان بن فلان ، وفلان أبي ، وهو فى بلد كذا ، وهو يدفع نسبي ، ولي بينة ههنا بأنه قد أقر[2] أني ابنه ، او انه تزوج بأمي ، واني ولدت منه على فراشه ، ونسبت اليه ، وأقام على ذلك بينة ، وسأل كتابه [فانه][3] يكتب له بذلك •

لأن المشهود به ليس بشيء ينقل، فيجوز فيه كتاب القاضى الى القاضى؛ كما في الدين •

فرق ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله بين هذا[4] وبين مسألة ذكرها بعد هذا نبينها اذا انتهينا اليه ان شاء الله تعالى •

[٨٢١] قال :

وكل رجل ادعى قبل رجل [دماً][5] خطأً ، او جراحة خطأ يجب فى ذلك المال فانه يكتب له بذلك اذا ثبت عنده •

لأن القتل ليس بمطلوب لعينه، بل المطلوب عنه[6] موجبه، وموجبه، المال، والمال يجب دينا في الذمة ، وفى الدين لا تقع الحاجة الى الاشارة اليه من المدعي والشهود ، فصار بمنزلة الدعوى فى سائر الديون ، فجاز أن يكتب فيه القاضى •

---

(١) ب ف ج ص : حضر القاضي •

(٢) صي : قد أقر لي انى ابنه •

(٣) الزيادة من ل •

(٤) ب : فى هذا وبين •

(٥) ص ك ف ج م : ادعى قتل رجل خطأ والتصحيح والزيادة من س ب •

(٦) ب : منه •

[٨٢٢] قال :

وكذلك لو أن رجلا أقام عند القاضي شاهدا واحدا بحق لـه قبـل رجل ، او شهدت له امرأة ، او شهادة على الشهادة ، فان القاضي يكتب له بذلك •

لأن القاضي انما يكتب عند كمال النصاب لأجل الضرورة ، وقـد تعذر الجمع بينه وبين خصمه وبين شهوده ، وهذا المعنى موجود فيما اذا وجد شط الشهادة [١٨٥ ب] او نصف الشطر ، لأن الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذه البلدة ، وبعضهم[١] في بلدة أخرى ، فيجوز الكتاب ، كما جاز عند كمال النصاب •

[٨٢٣] قال :

ولو ان رجلا اقام عند القاضي شهودا[٢] على دار في يدي رجل في بلد آخر انها له ، او ضيعة ، او عقار ، وشهد الشهود على ذلك بحد او حدين ، لم يقبل القاضي ولم يكتب له •

لأن القاضي انما يكتب بالمعلوم كما يقضي بالمعلوم ، والدار انما تصير معلومة بذكر حدودها الاربعة او الثلاثة ولم يوجد •

[٨٢٤] قال :

ولو أن قاضيا كان علم شيئاً من اقرار رجل لرجل بمال ، او طلاق ، او نكاح ، ما خلا الحدود والقصاص ، فسأله صاحب الحق ان يكتب لـه بذلك الى قاضي بلد[٣] من البلدان ، والمطلوب هنـاك ، ينبغي لـه أن يكتب[٤] له ، ويفسر له الأمر •

---

(١) ف ك : وبعضها •
(٢) س : شهوده •
(٣) س : بلدة •
(٤) ص : يكتب له بذلك ويفسر له •

واختلف المشايخ فيه :

منهم من قال : المسألة على وجهين :

اما ان استفاد العلم بذلك[1] بذلك السبب فى حالة[2] القضاء • او قبل القضاء •

ففي الوجه الاول يكتب فى قولهم جميعا ؛ لأنه يمكنه بهذا العلم القضاء ، فلأن يمكنه الكتاب كان ذلك اولى •

وفى الوجه الثاني : المسألة على الاختلاف :

عند ابي حنيفة : لا يكتب ، كما لا يقضى ؛ لأن علمه فى هذه الحالة علم شهادة ، والشاهد لا تقبل[3] شهادته بالكتاب الى القاضى •

وعندهما : يكتب كما يقضى •

ومنهم من قال[4] : القاضى يكتب فى الوجهين جميعا فى قولهم جميعا • وفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين القضاء والكتاب •

والصحيح هو الاول ؛ لأنه فرع[5] في الكتاب على القول الاول لما بين [بعد هذا ان شاء الله تعالى][6] •

ثم قال :

الا الحدود والقصاص •

اما في الحدود فلأنه لا يقضى بعلمه ، فلا يكتب ايضا بعلمه •

---

(١) ف هـ : بذلك في حالة •

(٢) ل : حال •

(٣) ف هـ : لا ينقل •

(٤) ل : ومنهم من قال يكتب •

(٥) س : لانه نوع من الكتاب •

(٦) الزيادة من ل •

واما القصاص [فقد] ذكر في بعض المواضع ، وجعله بمنزلة سائر الحقوق للعباد ، وذكر ههنا ، وجعله بمنزلة الحدود ، وهكذا نص في باب ما لا ينبغي للقاضي ان يكتب به ، وهو الصحيح .

لأن كتاب القاضي [١٨٦ آ] الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة ، والقصاص لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، فكذا بكتاب القاضي الى القاضي .

[٨٢٥] قال :

وينبغي للقاضي الذي يرد عليه الكتاب ان ينفذ ذلك كما ينفذ كتابه لو كان بشهادة شهود ، الا أن يكون القاضي الذي يرد عليه الكتاب يرى مذهب ابي حنيفة ، فلا يرى القضاء بعلم[1] وقع له قبل القضاء ، فان كان ذلك رأيه ، والقاضي الكاتب انما كتب[2] الكتاب بعلم حصل له قبل القضاء، فله أن لا ينفذ ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وينفذه عندهما .

وبهذا تبين[3] لك ان الصحيح فيما تقدم هو القول الاول .

[٨٢٦] قال :

وقال ابو يوسف رحمه الله : ويدخل على ابي حنيفة لو أن ذميا علم علما ، ثم أسلم فاستقضى ، او عبداً علم علماً ، ثم اعتق فاستقضى ، او غلاما مراهقا يعقل علم علما ، ثم بلغ فاستقضى ، فسأله الطالب ان يكتب الى قاضي البلد الذي فيه الخصم ، فكتب له بذلك ، فان ابا حنيفة رحمه الله قال : لا ينفذه ، وعندهما ينفذه .

وهذا ايضا يبين لك ان الصحيح فيما تقدم هو القول الاول .

ثم احتج ابو يوسف على ابي حنيفة رحمهما الله بفصل الشهادة ،

---

(١) س : بعلمه الذي وقع له .
(٢) ص : يكتب .
(٣) ب ل : وهذا يبين .

فقال :

الا ترى أن ذميا لو أقر عنده رجل مسلم ، ثم اسلم الذمي ، ثم شهد على المسلم بذلك جازت شهادته •

وكذلك العبد اذا عتق[1] ، والصبي ، اذا بلغ[2] ثم شهدا جازت[3] شهادتهما ، فلما اعتبر في الشهادة حالة[4] الاداء لا حالة التحمل ، فكذا في القضاء ، وجب أن تعتبر حالة[5] القضاء ، لا حالة التحمل •

وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الشهادة والقضاء •

والفرق : أن[6] القضاء اقوى من الشهادة ؛ لأن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها ، والقضاء ملزم بنفسه ، فيكون القضاء اقوى ، فاعتبر كونه مالكا للقضاء وقت العلم بالسبب ووقت القضاء ، وتكون الشهادة ادنى ، فاعتبر مالكا للشهادة وقت الاداء[7] •

[٨٢٧] قال : [١٨٦ ب]

ولو أن رجلا شهدت له امرأة على شهادة رجل في بلد من البلدان ، وشهد له رجل واحد على شهادة رجل[8] ، فسأل القاضي ان يكتب لـه

---

(١) ف ج ك : اذا ابق ، وهو تصحيف •

(٢) س ب : والصبي اذا كبر •

(٣) من قوله : شهادته وكذلك العبد اذا اعتق ••• الى هنا ليس في ص •

(٤) ل : حال الاداء لا حال التحمل •

(٥) ل : حال القضاء لا حال التحمل •

(٦) ل : هو ان •

(٧) س : مالكا للشهادة وقت الاداء تاركا للشهادة وقت الاداء •

(٨) من قوله : في بلد من البلدان ••• الى هنا ليس في هـ •

بذلك ، فان القاضي يجيبه الى ذلك .

لأنه ربما تكون بقية حجته عند المطلوب ، فاذا وصل الكتاب الى القاضي اثبت ذلك عنده ، وكلفه[١] أن يأتي بامرأة اخرى تشهد على مثل شهادة تلك المرأة ، او رجل يشهد على مثل شهادة ذلك الرجل ، وينفذ ذلك ، ويحكم[٢] به له .

وكذا يكلفه ان يأتي بمن يشهد[٣] له بتمام الشهادة .

[٨٢٨] قال[٤] :

وقال ابو يوسف : ولو أن رجلا وامرأة ادعيا ابناً او بنتا ، وقالا : هو معروف النسب منا[٥] ، وهو في يد فلان بن فلان الفلاني في بلد كذا قد استرقه ، وانا نقيم [عليه][٦] البينة بذلك عندك[٧] ، وتأخذ كتابك بذلك الى قاضي ذلك البلد ، فانه يقبل منهما البينة ، ويكتب لهما .

قال ابو حنيفة : لا اكتب في ذلك ، وهو قول محمد .

وهذا الاختلاف فرع لمسألة اخرى وهي ان القاضي هل يكتب في اباق العبد ؟

عند[٨] ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا

وعند ابي يوسف رحمه الله : يكتب

---

(١) ف هـ : وكلفه الى ان . ل : وكفله .

(٢) ل : ويحكم له به .

(٣) ف : شهد .

(٤) لفظة (قال) ليست في س .

(٥) ب : منها .

(٦) الزيادة من سائر النسخ .

(٧) ب : عنده .

(٨) ل : فعند .

هذا[1] في نسب الابن •

ووجه البناء ان المقصود من اثبات النسب هنا انتزاع الولد من يده ، كما ان المقصود ثمة من اثبات الملك في العبد الانتزاع من يده بخلاف ما تقدم من دعوى النسب على الاب ؛ لأن ثمة المقصود ليس هو الانتزاع ، وتحقيقه ، وهو أن المقصود ههنا لما كان هو الانتزاع كان المشهود به شيئاً ينقل من حجر الى حجر ، وفيما ينقل لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي ، ولا كذلك ثمة•

[٨٢٩] ثم قال :

وقال ابو يوسف رحمه الله : لا اكتب للأحرار الا للأب ، او للام ، او للزوج يدعي المرأة[2] ، فاني اكتب لهؤلاء ، ولا اكتب لاحد سوى الابوين ما كانا حيين •

فرّق ابو يوسف رحمه الله

ووجه الفرق له : ان دعوى الرجل أن هذا ابنه صحيحة[3] ، فاذا صحت الدعوى جاز[4] أن يكتب •

اما دعوى الرجل ان هذا اخوه [١٨٧ آ] فلا تصح ، واذا لم تصح الدعوى لا يكتب • وهذا قوله •

فاما على قول ابي حنيفة ومحمد فلا[5] يكتب في النسب اصلا الا فيما تقدم •

---

(١) ل هـ : هكذا في نسب •

(٢) ل : امرأة •

(٣) ك وسائر الاصول : صحيح •

(٤) ب : جاز له أن •

(٥) ف : لا •

وهذا الاختلاف في حالة[1] الحياة •

واما بعد الوفاة[2] فيكتب[3] لكل واحد يستحق نسبا ، او ميراثا ، او تزويجا بالاجماع •

لأن بعد الوفاة المقصود اثبات المال ، وأنه دين ، والقاضي يكتب في الدين بالاجماع •

[٨٣٠] قال :

ولو ان رجلا في يديه أمة ، فأقام رجل شاهدين انها له فقضى[4] له بها القاضي ، فقال الذي هي في يديه للقاضي : اني اشتريتها من رجل يقال له فلان بن فلان الفلاني ، وهو في بلد كذا ، ودفعت اليه الثمن ، وشهودي ههنا ، فاسمع منهم ، واكتب لي بذلك ، فانه يسمع من شهوده ، ويكتب له بما صح عنده من أمره •

لأن الحاجة ههنا الى الرجوع عليه[5] بالثمن ، والثمن دين ، والقاضي يكتب في الديون •

[٨٣١] قال :

ولو ان جارية في يدي رجل ، ادعت انها حرة الاصل ، وقد كانت أقرت بالرق ، فأقامت شاهدين على حرية الاصل ، فجعلها القاضي حرة ، فقال الذي هي في يديه : اشتريتها من فلان بن فلان الفلاني ، فاسمع من

---

(١) ل : حال •

(٢) س : واما بعد الموت •

(٣) ف ك : يكتب • ل : فانه يكتب •

(٤) ل : فقضى القاضي بها له •

(٥) هـ ف : الى الرجوع بالثمن (بسقوط لفظة عليه) •

شهودى ، واكتب[1] بذلك الى القاضى ، فانه يعمل[2] ذلك له •

لأن[3] حرية الاصل لما ثبتت تبين ان البائع انما اخذ الثمن بدلا عن الحرة[4] ، فكان دينا عليه والقاضى يكتب فى الديون •

[٨٣٢] قال :

ولو انها لم تقم البينة على حرية الاصل ، الا انها قالت : ما اقررت بالرق ، ولم يكن للذى في يديه هذه المرأة[5] بينة على اقرارها بالرق ، فجعلها القاضي حرة ، فقال الذي [هي][6] في يديه[7] : اسمع من شهودي على شرائي من فلان بن فلان فانى اشتريتها من فلان ونقدته الثمن • وقد كانت مقرة بالرق ، فان القاضى لا يسمع من شهوده ، ولا يكتب الى ذلك القاضى •

لأن الحرية ما ظهرت فى حق البائع ؛ لأن البائع مع المشترى يتصادقان على انها رقيقة ، وانما ظهرت الحرية بانكارها الرق فلا تظهـر الحـرية [١٨٧ ب] في حقها[8] ألا ترى ان البائع لو كان حاضرا فقدمه المشترى الى القاضى فقال : ان هذا باعني هذه الجارية بألف درهم ، وقبض منى ، وقبضت منه الجارية ، وقد كانت مقرة بالرق ، ثم جحدت ذلك فادعت الحرية ، وأقر[9] البائع بذلك ، والجارية تقول : انا حـرة الاصـل ،

---

(١) ل : واكتب لي بذلك كتابا الى القاضي •
(٢) س : يفعل •
(٣) س : لأن الاصل •
(٤) ص : عن الحرية •
(٥) عبارة (هذه المرأة) ليست فى ف هـ ج •
(٦) الزيادة من هـ ل ص ب •
(٧) ل : في يديه للقاضي اسمع •
(٨) ف ك هـ س : فى حقهما والتصحيح من ل وسائر النسخ •
(٩) ص فاقر •

[فانه][1] لا يكون للمشترى على البائع فى الثمن سبيل ، فكذلك ههنا .

بخلاف الفصل الاول ؛ لأن ثمة الحرية انما ظهرت بالبينة ، فتظهر[2] في حق المشترى والبائع ، فيبطل اقرارها[3] بالرق شـرعا حكما لظهور الحرية في حقها[4] .

[٨٣٣] قال :

واذا كان البائع حاضرا ، فقال المشتري للقاضى : حلف البائع على انها ليست بحرة الاصل ، اجابه القاضى .

لأنه يدعي على البائع ما لو أقر به يلزمه[5] ، فاذا جحد يحـلف [عليه][6] .

فان نكل امره القاضى برد الثمن عليه[7] ؛ لانه أقر أنه أخذ الثمن بدلا عن الحرة ، وان حلف فلا سبيل عليه .

فان أقام المشترى البينة بعد ذلك على البائع انها[8] حرة الاصل ، قبل القاضى منه [ذلك][9] .

فان قيل لما أقر المشترى انها كانت مقرة بالرق كان فى دعوى حرية الاصل لها مناقضاً ، والتناقض يمنع صحة الدعوى .

---

(١) الزيادة من ل .

(٢) ل : فظهر .

(٣) ك ف س : اقرارهما .

(٤) ك ف س : في حقهما .

(٥) ب : لزمه .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) ص : اليه .

(٨) هـ : على انها .

(٩) الزيادة من ل .

قيل له : التناقض فى هذا الباب لا يمنع الدعوى ، وقد بينا تمام هذا في شرح الزيادات •

[٨٣٤] قال :

ولو أن رجلا حضر الى القاضى فقال : ان هذه الدار التى فى هذا البلد في موضع كذا وهى الدار التى احد حدودها كذا والثاني [كذا][١] والثالث [كذا][٢] والرابع كذا ـ لي ، وفى ملكي ، وهى اليوم فى يد فلان بن فلان ، وهى فى بلد كذا ، وبينتي على ملك هذه الدار حاضرة[٣] قبلك ، فاسمع من شهودى ، واكتب[٤] لي بما يصح عندك من ذلك الى قاصى البلد الذى فيه فلان بن فلان ، فان القاضى يسمع[٥] من شهوده ، فاذا عدلوا كتب له بما يصح عنده من أمره •

لأن المدعى به غير منقول ، فيستغنى عن الاشارة[٦] •

ثم المسألة على ثلاثة اوجه :

احدها : هذا [١٨٨ آ] •

والثاني : ان تكون الدار المدعى بها في البلد الذي فيه المدعى عليه •

والثالث : ان تكون فى بلد اخرى غير البلد الذى فيه المدعى ، والبينة في البلد الذى فيه المدعى عليه ، فالقاضى يكتب الى قاضى البلد الذى فيه المدعى عليه فى الوجوه الثلاثة[٧] •

---

(١) الزيادة من س •

(٢) الزيادة من س •

(٣) س : حاضرة عندك •

(٤) ص : واكتب بما •

(٥) س : يسمع البينة • وقد سقطت من ف ج م •

(٦) ص : عن الاشارة اليه •

(٧) ف ج : الثلاث •

لأن العبرة فى هذا الباب بغيبة المدعى عليه ، فان المدعى عليه اذا كان غائبا ، وعجز المدعى عن الجمع بين الشهود والمدعى عليه ، فان القاضي يكتب له ، وقد تحقق غيبة المدعى عليه فى الوجوه الثلاثة[1] ٠

فاذا كتب ، ففي الوجه الثاني اذا ورد الكتاب وحكم به القاضي المكتوب اليه للطالب امر المحكوم عليه بتسليم ذلك الى الطالب ، والخروج اليه منه ، وان امتنع من التسليم فالقاضي يسلم [ذلك][2] اليه ٠

لأن الدار فى ولايته فيقدر على التسليم ٠

وفى الوجه الاول : اذا ورد الكتاب وثبت الحق عند القاضي المكتوب اليه لا يسلم الدار ؛ لان الدار ليست فى ولايته ، فلا يقدر على التسليم ، لكن هو بالخيار ، ان شاء بعث المدعى مع المدعى عليه[3] ، او مع وكيل المدعى عليه الى القاضى الكاتب ، حتى يقضى له عليه ويسلم الدار اليه ، وان شاء فعل ما قال[4] صاحب الكتاب ، وهو انه يحكم به للطالب ، بوجود الحجة ، ويسجل له به ، ويكتب له قضيته ، لتكون فى يده ويشهد له على ذلك شهودا ، فاذا اورد الطالب قضيته على القاضي الكاتب ، وأقام بينة عليها ، وليس خصمه حاضرا فالقاضي الكاتب لا يقبل هذه البينة ؛ لانه يحتاج الى تنفيذ ذلك القضاء ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، فلا يسلم

---

(١) العبارة من قوله : لان العبرة بغيبة المدعى عليه ٠٠٠ الى هنا ليست في نسخة ص ٠

(٢) الزيادة من ل ٠

(٣) ك : مع المدعى عليه الى القاضي الكاتب او مع وكيل ٠٠٠ ل: مع المدعى عليه الى القاضي الكاتب حتى يقضى له عليه ويسلم ٠٠٠

(٤) ل ف ج هـ ص : فعل ما قال فى الكتاب صاحب الكتاب ٠

الدار اليه ؛ لان تسليم الدار اليه قضاء منه ، والقضاء على الغائب لا يجوز[١]، لكن ينبغي للقاضي المكتوب اليه اذا سجل للطالب بعد ما حكم له بالـدار [ان][٢] يأمر المطلوب بتسليمها الى الطالب ، بأن يأمره ان يبعث مع الطالب انسانا الى بلد القاضى الكاتب ليسلم [١٨٨ب] الدار اليه .

فان امتنع من ذلك الآن كتب[٣] القاضى المكتوب اليه كتابا الى القاضى الكاتب ، ويحكي له كتابه الذى وصل اليه بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره انه جمع بين فلان المطلوب وبين فلان الطالب ، وقرأ عليهما كتابه بعد ان شهد الشهود على الكتاب والخاتم ودعوته بحجته[٤] ان كانت له ، فلم يأت بحجة يدفع بها ما ثبت لفلان عليه ، وانى حكمت[٥] لفلان عليه بذلك ، وأسجلت[٦] له سجلا به ، وأمرت فلانا بتسليم ذلك[٧] الى فلان، والخروج اليه منه ، فدافع بذلك ، وامتنع من تسليمه اليه ، وذلك قبلك ، فسألني الكتاب اليك ، واعلامك قضيتى له على فلان بذلك[٨] ؛ ليسلم الى فـلان هذه الدار ، وتأمر[٩] بدفعها اليه ، فاعمل فى ذلك رحمنا الله واياك بالذى يحق لله عليك ، وسلم هذه الدار المحدودة فى هذا الكتاب الى فلان بن

---

(١) من قوله : فلا يسلم الدار اليه ... الى هنا ليس في س .

(٢) الزيادة من س . وفى هـ : امر . وفى ل : وأمر .

(٣) ل : يكتب .

(٤) ل : بحجة .

(٥) س : وانى حكمت عليه بذلك واسجلت .

(٦) ف ج ص ب : وسجلت .

(٧) س : بتسليم ذلك الكتاب اليك واعلامك ... بسقوط سطر.

(٨) ف ج ك : ذلك .

(٩) س : فأمر بدفعها اليه واعمل .. وقد سقطت من ص .

فلان موصل كتابي هذا اليك •

فاذا وصل اليه هذا الكتاب يسلم الدار اليه ويخرجها من يد المدعى عليه •

وفي الوجه الثالث : القاضي المكتوب اليه[1] لا يسلم الدار الى المدعي ، لكنه بالخيار ان شاء بعث المدعي مع المدعى عليه او وكيل المدعى عليه الى قاضي بلده[2] التي كانت الدار فيه[3] ، ويكتب اليه كتابا حتى يقضي للمدعى بها ، وان شاء حكم بها[4] للطالب ، ويسجل[5] ، وفعل[6] مع ذلك القاضي كما فعل مع القاضي الكاتب في الوجه الثاني •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) ص : اليه ايضا •

(٢) س : البلدة التي كانت الدار فيها • هـ : بلدته •

(٣) ل هـ ص : فيها •

(٤) ل س : به •

(٥) س : واسجل •

(٦) ل : ويفعل • ب : وفعل معه القاضي ذلك • س : وفعل مع القاضي ذلك الكتاب في الوجه الثاني (بسقوط جملة) •

الباب الستون

في ما لا[1] ينبغي أن يكتب فيه

[٨٣٥] قال :

ولا ينبغي للقاضى ان يكتب فى حد ولا قصاص الى قاض آخر ٠
لما قلنا[2] في باب كتاب القاضى الى القاضى ٠

[٨٣٦] قال :

ولو أن رجلا حضر [الى][3] القاضى فقال : كان لفلان بن فلان الفلاني عليّ كذا وكذا درهما ، وقد دفعتها اليه ، او أبرأني منها ، او وهبها لي وهو فى بلد كذا ، ولا آمن ان اصير[4] الى ذلك البلد فيأخذنى [١٨٩ آ] بهذا المال ، وشهودى هنا ، فاسمع منهم ، واكتب لي الى ذلك القاضى ، فانه[5] لا يسمع من شهوده ، ولا يكتب له [بذلك][6] ٠
وهذا قول ابي يوسف ٠
وقال محمد : يسمع من شهوده ، ويكتب له ٠
واجمعوا انه لو قال : جحدني الاستيفاء وخاصمني[7] ٠ مرة أخرى

(١) ب ف ج ص : ما ينبغي ٠

(٢) س : لما مر فى كتاب القاضي الى القاضي ٠

(٣) الزيادة من ل ٠

(٤) س : يصير ٠

(٥) ل : فان القاضي لا يسمع ٠

(٦) الزيادة من ل ٠

(٧) ف هـ ل : ويخاصمني ٠

حتى يستوفي[١] الحق منى مرتين ، واراد[٢] اقامة البينة على انه اوفى[٣] ليكتب الكتاب الى قاضى ذلك البلد فانه يسمع من شهوده ويكتب له •

محمد رحمه الله يقول :

كتاب القاضى الى القاضى انما جعل حجة لمكان الحاجة ، والحاجة هنا متحققة ، فوجب ان يجعل حجة كما فى تلك المسألة •

وابو يوسف رحمه الله يقول :

القاضى انما يكتب الكتاب فى خصومة توجهت اليه ؛ لأنه نصب لفصل الخصومة ، وههنا لم تتوجه ، بل هى موهومة[٤] ، فلو كتب كان ذلك تهيجا له[٥] ، وليس له تهييج[٦] الخصومة ، بخلاف تلك المسألة •

ثم استدل في الكتاب لهذا[٧] بفصل الحاضر فقال :

الا ترى ان رجلا لو جاء الى القاضى برجل فقال : قد كان لهذا علي الف درهم قد قبضها منى ، ولي بينة بقبضه ذلك منى ، فاسأله[٨] عن ذلك ، فان أنكر أتيت[٩] بشهودى فانه لا يسأل[١٠] عن ذلك •

---

(١) ل : يستوفي المال مني •

(٢) ف ج : والمراد وهو تصحيف •

(٣) ل : أوفاه ليكتب له كتابا •

(٤) ص : موقوفة •

(٥) ل س : لها •

(٦) ل : وليس له ان يهيج •

(٧) س : بهذا الفصل الحاضر •

(٨) هـ : فساله •

(٩) س ل : احضرت شهودى • ب : احضر شهودى انه •

(١٠) س : لا يساله •

لما قلنا ، فيكون هذا حجة لابي يوسف على محمد .

[٨٣٧] واما اذا حضرت امرأة الى القاضي[١] وقالت : ان زوجي طلقني ثلاثا ، وتزوجت آخر بعد العدة ، واني اخاف ان ينكر الطلاق ، فطلبت من القاضي ان يسأله حتى اذا انكر اقامت عليه البينة ، قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني : القاضي يسأله ههنا بالاتفاق .

فيكون هذا حجة لمحمد على ابي يوسف .

[٨٣٨] ثم ذكر في الباب مسألة تسليم الشفعة ومسألة الطلاق[٢] اذا[٣] ادعت [ذلك][٤] على الغائب على هذا الاختلاف .

وصورة[٥] مسألة تسليم الشفعة [ما][٦] اذا قال الرجل للقاضي : اني اشتريت دارا في بلد كذا ، وان[٧] شفيعها سلم الشفعة لي ، وشهودي [١٨٩ ب] هنا الى آخر المسألة .

[وصورة مسألة الطلاق : ما اذا ادعت امرأة الطلاق على زوجها وقالت : هو في بلد كذا ، ولا آمن تعرضه اليّ الى آخره][٨] .

---

(١) ك هـ : قاضي .

(٢) ف ج : ثمة الطلاق وقد سقطت من ص .

(٣) س : ادعى .

(٤) الزيادة من س .

(٥) ف هـ : وصورة تسليم الشفعة .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) ف ج م : وانا شفيعها .

(٨) الزيادة من س .

[٨٣٩] قال :

ولو جاء المطلوب بالدين والمشترى للدار والمرأة ، فقال المطلوب : انه كان لفلان بن فلان علي الف درهم فدفعتها اليه وقد اخذني بها في كذا وكذا [وقدمني الى القاضي ، وألزمني به ، وقال المشترى : قد طالبني بالشفعة في بلد كذا وكذا][1] وقالت المرأة : قد طالبني[2] في بلد كذا وكذا فألزمني القاضي النكاح[3] ، فالقاضي يسمع الشهود هنا ويكتب [به][4] بالاجماع .

لما قلنا في صدر الباب

والله تعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

(١) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن ف ج س ص ب . وعبارة س : وقال المشترى : وقد طالبتني بالزوجية في بلد كذا وكذا ، وقد الزمني القاضي بالنكاح ... الخ وهو تصحيف .

(٢) ص : قد طلقني .

(٣) ل : بالنكاح .

(٤) الزيادة من ل .

الباب الحادي والستون

في القاضي يرد عليه كتاب من قاض ما ينبغي أن يعمل[1] به

[٨٤٠] واذا ورد على القاضي كتاب[2] قاض بحق على رجل ، فانه ينبغي ان يجمع بين الذى جاء بالكتاب وبين خصمه ، ثم يدعوه والشهود الذين يشهدون على الكتاب •

لأن كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة •

ثم القاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم ، فكذا لا يقبل[3] الكتاب الا بحضرة الخصم ، فاذا[4] احضر المدعى عليه بطلب المدعي ، ادعى المدعي حقه عليه ، فسأله [القاضي][5] الجواب ، فان اجاب بنعم وقع الاستغناء عن الكتاب ، وان أجاب بلا جاء[6] أوان تسليم الكتاب الى القاضي •

لأن كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة ، والقاضي انما يسمع الشهادة على الشهادة حال انكار الحق ، فكذا الكتاب ، فيدفع

---

(١) س : ان يفعل به •

(٢) ب ل : كتاب من قاض •

(٣) س : لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا ••• وهذه العبارة سقطت من ف ج •

(٤) س : فاذا حضر المدعى عليه فطلب المدعى دفع المدعى عليه حقه •••

(٥) الزيادة من س •

(٦) س : وان اجاب بلا فهذا أوان •••

المدعي الكتاب الى القاضي فيقول القاضي : ما هذا ؟ فيقول المدعي : كتاب[1] قاضي بلد كذا اليك ، فالقاضي لا يفض الكتاب ، لكن يسأل من المدعي[2] اقامة البينة ان هذا كتاب قاضي بلد كذا اليه لما نبين .

فاذا أقام المدعي البينة على ذلك ان هذا [الكتاب][3] كتاب فلان بن فلان قاضي بلد كذا اليك وهذا خاتمه ، فان ابا حنيفة رحمه الله قال ، وهو قول محمد وابي يوسف الاول : [١٩٠ آ] يسألهم ويقول : هل قرأ عليكم [الكتاب][4] وختمه[5] بحضرتكم ؟ فان شهدوا على ذلك قبله ، وان قالوا : لم يقرأه علينا ، ولكن ختمه بحضرتنا ، او قالوا : قرأه علينا ولم يختم بحضرتنا لم يقبله .

وقال ابو يوسف[6] آخرا : يقبله .

فشرط صحة الشهادة على الكتاب ان يشهدوا ان هذا [الكتاب][7] كتاب قاضي بلد كذا ، وهذا خاتمه[8] .

وشرط صحة الكتاب عند ابي حنيفة ، وهو قول محمد وابي يوسف

---

(١) ص : كتاب من قاضي بلد كذا .

(٢) س : يسال المدعي البينة على ذلك ان هذا الكتاب كتاب فلان ابن فلان قاضي بلدة كذا اليك وهذا خاتمه .. (بسقوط سطر) وفي ب ل : يسال من المدعي البينة ان هذا كتاب ...

(٣) الزيادة من س .

(٤) الزيادة من س ايضا .

(٥) ب ف ج ص : وختم .

(٦) ب : وقال ابو يوسف رحمه الله يريد اخيرا يقبله .

(٧) الزيادة من س .

(٨) هـ : وهذا ختمه .

الاول ، أشياء ، منها :

ان يقرأ عليهم الكتاب او يخبرهم بما فيه •

والثاني : ان يختم الكتاب بحضرتهم •

والثالث : ان يحفظوا ما في الكتاب •

وأشياء[1] أخر تذكر بعد هذا •

وعند ابي يوسف الآخر : ليس[2] شيء من هذه الاشياء[3] بشرط •

والختم[4] هل هو شرط عنده •

سيأتي في آخر الباب ان شاء الله تعالى •

والحجج تعرف في المبسوط •

ومنها : أن يكون عنوان الكتاب من فلان[5] بن فلان بن فلان الى فلان بن فلان بن فلان • حتى لو كتب اسم المكتوب اليه لا غير[6] [او اسمه واسم ابيه لا غير][7] او اسمه واسم جده لاغير[8] ، او ذكر كنيته ،

---

(١) س : في اشياء •

(٢) ك ف ج م ب س : شيء من هذه الاشياء ليس بشرط ، وما اثبتناه عن ل هـ •

(٣) ب : الاشياء الثلاثة •

(٤) ل : واما الختم •

(٥) س : من فلان بن فلان الفلاني الى فلان بن فلان •••

(٦) ص : حتى لو كتب اسم المكتوب اليه لاغنى ، او اسمه واسم ابيه لا غير ، واسمه واسم جده لا غير •••

(٧) الزيادة من ل ص ب وقد سقطت من سائر النسخ •

(٨) قوله : (او اسمه واسم جده لا غير) سقط من ب •

بأن[1] ذكر : الى ابي فلان لاغير ، لا يصح الكتاب عند ابى حنيفة ومحمد، وهو قول ابى يوسف الاول . الا ان تكون كنى[2] مشهورة ، كشهرة ابي حنيفة وابن ابي ليلى .

وعند ابى يوسف آخرا هذا ليس بشرط .

ومنها : أن تكون داخل الكتاب الاسماء ، كما تكون[3] على عنوان الكتاب ، حتى لو لم تكن فى داخـــل الكتاب لا[4] الاسماء ولا الـــكنى وكانت[5] على عنوانه لم يقبله عند ابى حنيفة ، وهو قـــول محمد وابي يوسف الاول .

وعند ابى يوسف آخرا هذا ليس بشرط .

فهذا شرائط صحة الكتاب .

والاول شرائط صحة الشهادة على الكتاب .

فاذا شهد الشهود على الكتاب وعلى خاتم القـــاضى ، وهو[6] كتاب صحيح ، يعنى يستجمع[7] الشرائط التى عددناها فهذا على وجهين :

اما ان عرف القاضى الشهود الذين شهدوا على الكتاب بالعدالة .

او لم يعرفهم .

---

(١) ص : فان

(٢) س : يكون مشهور الكنية . ل : تكون كنية مشهورة . ص : كنيته مشهورة .

(٣) ص ب ل : كما كان . ف هـ : ما كان على عنوان .

(٤) الحرف (لا) سقط من ل .

(٥) ل : وان كانت . ب هـ ف ج ص : وان كان

(٦) س : فهذا كتاب ...

(٧) ف ج س هـ ب : مستجمع . ل : مستمتع وما اثبتناه عـن نسخة الاصل ك وعن بقية النسخ .

ففي الوجه الاول فض[1] الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب ؛ وعمل[2] بما [١٩٠ب] فيه وانفذه[3] •

وفى الوجه الثاني لم يفض ؛ لأن العدالة متى لم تظهر يحتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده ، وانما يمكنه ان يزيد في شهوده[4] اذا لم يفض ، واذا لم يفض القاضى الكتاب اشهدوا[5] أن هذا خاتم القاضى ، ولكن يكتب المحضر وشهادة الشهود ، ويجعل الكتاب في درج المحضر ، فان عدلوا فض الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب والشهود •

شرط حضرة الشهود لفض الكتاب ، وهذا ليس بشـرط لازم لا محالة ، لكنه احتياط ، حتى تقابل شهادة الشهود بما في الكتاب ، فينظر هل وافق ام لا ، لا ان يكون شرطا لازما •

ولو لم يعدلوا قال القاضى للطالب : زدنى شهودا على الكتاب •

قال القاضى الامام ابو علي النسفي : والمروي عن محمد رحمه الله فيما سمعنا من مشايخنا رحمهم الله أن القاضى المكتوب اليه يفض الكتاب ويقرأ[6] بعد شهادة الشهود على الكتاب والختم قبل ان يتعرف عن حال الشهود •

ثم يتعرف[7] عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف الاول

---

(١) ل س : يفض القاضي الكتاب •

(٢) هـ س ل : ويعمل •

(٣) س : بما فيه والا فلا ، ل فيما فيه وينفذه •

(٤) (في شهوده) ليس في ب •

(٥) هـ س ل ك : ليشهدوا •

(٦) له : ويقرأه •

(٧) ص : ثم يتعرف عن حال الشهود ثم يتعرف عند ابى حنيفة ••

رحمهم الله •

وعند ابى يوسف الآخر لا يفض[1] حتى يتعرف عن حالهم •

وهذا بناء على ان شهادتهم بما فيه شرط عندهم ، فاذا لم يقرأه فربما يموت الشهود ، او يغيبوا ، فلا يمكنه القضاء بعد ظهور العدالة ، فاذا قرأه بعد ما شهدوا ، ثم ماتوا ، أو غابوا ، أمكنه القضاء بما فيه ، اذا ظهرت العدالة •

والصحيح ما هو المذكور فى الكتاب ؛ لان الشهود اذا شهدوا على الكتاب والختم ، وسألهم القاضى : انه قرأه عليهم وختمه[2] بحضرتهم ، فاذا شهدوا بذلك كفى ، ولو كان هذا شرطا لأمكنهم[3] ان يشهدوا بما فيه قبل فض الكتاب ، لان حفظ الشهود ما فيه شرط عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابى يوسف الا ول لما قلنا من قبل •

[٨٤١] قال :

وان لم يصل الكتاب الى القاضى المكتوب اليه حتى [١٩١ آ] مات القاضى الكاتب[4] ، او عزل ، او عمي ، او فسق ، او صار بحال لا يجوز حكمه فيها[5] ، لا يقبل هذا القاضى الكتاب ولم ينفذه •

لأن القاضى الكاتب بهذه العوارض صار كواحد من الرعايا ، والقاضى لا يقبل كتاب الرعية •

---

(١) ل : لا يفضه •

(٢) ب ف ج هـ ص : قرأ عليهم وختم •

(٣) ب : شرطا عليهم ان يشهدوا • ف ج ك : يمكنهم •

(٤) قوله : (حتى مات القاضي الكاتب) ليس فى ل •

(٥) ل : فيها فان هذا القاضي المكتوب اليه لا يقبل هذا الكتاب ولا ينفذه •

[٨٤٢] قال :

وان ضاع الكتاب من الرجل قبل ان يوصله ، او اوصله الى القاضى، وهرب خصمه ، فسأل الرجل الذى جاء بالكتاب من هذا القاضى ان يكتب له الى القاضى الكاتب يعلمه ذلك ليكتب له كتابا آخر اليه ، او الى[١] قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فليس عليه ان يفعل ذلك •

يريد به ان لا يلزمه ان يفعل ذلك •

اما لو فعل فلا باس به •

وانما لم يلزمه الكتاب فى الوجه الاول ، لان الكتاب لم يبلغ محله ، وفي الوجه الثانى لم يشهد الشهود على الكتاب فلا يلزمه ذلك •

[٨٤٣] قال :

ولو لم يسأله الكتاب الى القاضى الكاتب ، ولكنه اوصل الكتاب اليه ، وليس خصمه بحضرة هذا القاضى ولا فى بلده ، وقد كان خرج الى بلد آخر ، فقال الذى اتى بالكتاب للقاضى : هذا كتاب قاضى بلد كذا اليك ، وهؤلاء شهودى على الكتاب [فأريد ان][٢] تسمع منهم ، وتكتب الى قاضى البلد الذى فيه الخصم[٣] ، فان القاضى يقبل منه الكتاب ويسمع من شهوده عليه انه كتاب فلان القاضي اليه ، واذا ثبت ذلك عنده كتب[٤] له اليه •

لأن كتاب القاضى الاول انما كان لحاجته الى احياء حقه ، وانسداد طريق الاحياء بغير هذا الطريق • وهذا[٤] المعنى موجود فى حق القاضى الثاني والثالث الى العاشر •

---

(١) ص : والى •

(٢) الزيادة من ل • وفى ب : على الكتاب لتسمع •

(٣) ب س ل : خصمي •

(٤) ص : كتب اليه لان كتاب الاول •

(٥) ف ل ص : هذا (بسقوط الواو) •

واذا كتب نسخ فى كتابه كتاب القاضى الذى كتب اليه به ، وان شاء حكاه له فى كتابه اليه •

لأنه يكتب بما ثبت عنده كالاول ، الا ان الاول ثبت عنده بشهادة[1] الشهود بالحق على الغائب ، والثاني ثبت عنده كتاب القاضى الكاتب ، فيكتب بما ثبت عنده •

[٨٤٤] قال :

وكذلك اذا[2] كان الرجل سأل القاضى الاول ان يسمع من شهوده على حقه [١٩١ ب] ويكتب[3] له الى قاضى بلد كذا [ليكتب له الى قاضى بلد كذا][4] ؛ لأن خصمه في ذلك البلد ، وقال : لست[5] اجد بينة تشهد ني على كتابك ممن يخرج الى بلد كذا الذى فيه خصمي ، ولكن اجد من يخرج الى هذا البلد الذى أسألك ان تكتب الى قاضيه فان القاضى يقبل ذلك منه ، ويسمع من شهوده • ويكتب له •

لأن الانسان قد يبتلى بهذا •

واذا كتب القاضى له هذا الكتاب [فانه][6] يكتب في كتابه : ان المدعي سأله الكتاب اليك ، لتكتب انت [كتابا][7] الى قاضى بلد كذا ، فاذا ورد

---

(١) ف ج : اشهاد الشهود •

(٢) ل : ان كان •

(٣) ب : ويكتب له الى القاضي بكذا وكذا ليكتب له الى قـــاضي بلد كذا •

(٤) الزيادة من س ص ب هـ ل وقد سقطت من الاصل ك ومن الاصل ومن ف ج م •

(٥) ف ج هـ : ليست •

(٦) الزيادة من ل •

(٧) الزيادة من س •

الكتاب على هذا القاضى سمع من شهوده على الكتاب •

فاذا ثبت ذلك عنده ، كتب له الى قاضى البلد الذى فيه خصمه ، ثم هو بالخيار ان شاء نسخ كتاب القاضى الكاتب فى كتابه ، وان شاء حكاه[1] كما فسرنا من قبل •

واذا ورد الكتاب على القاضي الذى بحضرته الخصم جمع بينهما ، ويصنع كما يصنع بكتب[2] القضاة •

[٨٤٥] قال :

وكذلك لو أن رجلا اخذ كتاب[3] قاضى الكوفة الى قاضى فارس في حق له ، فلما صار الى البصرة مرض شهوده الذين يشهدون له على كتاب القاضى ، او لم يمرضوا لكن بدا لهم ان لا يأتوا فارس ، فأشهدوا على شهادتهم قوما آخرين جاز •

لأن الشهادة على الشهادة حجة فيما يثبت[4] مع الشبهات ، وكتاب القاضى الى القاضى مما يثبت مع الشبهات ، فيثبت[5] بالشهادة على الشهادة •

فاذا أتي بالكتاب الى قاضى فارس ، وشهد اولئك الشهود على شهادة اولئك الشهود ، قبله قاضي فارس •

لأنه ثبت بشهادة الفروع شهادة الاصول ، وبشهادة الاصول[6] كتاب

---

(١) هـ ف ج ب : حكى •

(٢) ل عـ : بالكتب المقضاة •

(٣) ل : كتابا لقاضي الكوفة •

(٤) ف ج ك : ثبت •

(٥) ك ل : فثبت •

(٦) ك : لانه نبت بشهادة الفروع شهادة الاصول وبشهادة الفروع كتاب قاضي الكوفة ••• وهو سهو •

قاضي الكوفة الى قاضي فارس •

[٨٤٦] قال :

ولو ان الطالب قال لقاضي الكوفة : اكتب الى قاضي البصرة[١] او الى قاضي فارس يكون في كتابك : من فلان بن فلان الى فلان بن فلان قاضي البصرة او الى فلان بن فلان قاضي فارس ، فان أصبت خصمي[٢] بالبصرة دفعت[٣] الكتاب الى قاضي [١٩٢ آ] البصرة ، وان لم أجده مضيت بالكتاب الى قاضي فارس ، فان القاضي يقبل ذلك منه ، ويكتب ذلك على ما سأل ، ويشهد الشهود ان كتابه الى فلان بن فلان قاضي البصرة ، او [الى][٤] فلان بن فلان قاضي فارس ، فان القاضي الذي ورد عليه الكتاب ينفذه ، ويعمل[٥] بما فيه •

وهو قول ابي يوسف •

فأما عند ابي حنيفة ومحمد فلا[٦] يقبل القاضي ذلك منه ، ولا يكتب له ذلك على ما سأل •

اما عند ابي يوسف فلأن عنده لو كتب من فلان بن فلان الى من[٧] ورد عليه كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم جاز ، فمن[٨] ورد عليه

---

(١) س : قاضي البصرة فان اصبت خصمي ••• بسقوط سطر منها •

(٢) ف ج ص ب : فان أصبت خصما •

(٣) ك : رفعت •

(٤) الزيادة من س •

(٥) ف ج هـ ب : انفذه وعمل بما فيه •

(٦) ل : فانه لا يقبل •

(٧) ف : الى ما ورد •

(٨) ف ج ك : ومن •

الكتاب يقبله ، ويعمل بما فيه ، والجهالة ههنا اعظم ، ثم تلك الجهالة لما[1] لم تمنع صحة الكتاب ، فهذه الجهالة اولى •

واما عند ابي حنيفة[2] ومحمد فلأن[3] كون المكتوب اليه معلوما شرط صحة الكتاب ، والمكتوب اليه ههنا مجهول فلا يصح الكتاب •

[٨٤٧] قال :

وان ورد على القاضي كتاب قاض بحق على رجل لرجل فقدم الطالب المطلوب ، وأثبت[4] عليه الكتاب بمحضر منه ، ولم يحكم عليه بما فيه حتى غاب المطلوب الى بلد آخر ، فسأل الطالب كتابا ان يكتب[5] له الى قاضي البلد الذي فيه الخصم ، قال ابو يوسف : لا يكتب ، وقال محمد : يكتب •

وهذا بناء على مسألة اخرى ؛ وهو ان عند ابي يوسف ينصب له وكيلا ، ويحكم على الغائب ، فلما تمكن من القضاء فلا حاجة الى الكتاب • وعند محمد لا يقضي على الغائب ، فلما لم يمكن[6] من القضاء مست الحاجة الى الكتاب •

وهذا بناء على مسألة أخرى مذكورة في الزيادات[7] أن من ادعى على رجل ما لا ، وأقام عليه البينة ثم غاب ، قال ابو يوسف : يقضى عليه

---

(١) ف ج ك : بما لم •

(٢) ف : واما عند ابي يوسف ومحمد ، وهو سهو •

(٣) هـ : فلا يكون وهو تصحيف •

(٤) س : ويقرأ عليه بمحضر منه • ص ل هـ : وثبت • ب : ويثبت •

(٥) ل : ان يكتبه الى •

(٦) ف ج هـ ب : يتمكن •

(٧) ب : مذكورة في الكتاب •

القاضى • وقال محمد : لا يقضى [عليه][1] •

واذا[2] أقر بالحق للطالب ثم غاب يقضى عليه القاضى بالاجماع •

[٨٤٨] قال :

ولو أن رجلا اورد على قاض كتابا من قاض [آخر][3] بحق له على رجل ، فوافق البلد وقد ما ت المطلوب فاحضر الطـالب ورثة [١٩٢ ب] المطلوب ، او وصيه ، وجاء بالكتاب الى القاضى ، وأحضـر شـهوده الى القاضى ، فان القاضى يقبل ذلك[4] ، ويسمع من شهوده عـلى الكتاب ، بمحضر من وارث المطلوب او الوصى ، وينفذ ذلك ان كان التاريخ بعد موت المطلوب ، او قبله ، لان الوارث خليفة المورث ، والوصي نائب عن الميت ، فيكون قائما مقام الميت ، الا ترى ان الطالب لو أقام بينة بالحق على الميت كان الوارث او الوصي هو الخصم ، فكذا ههنا •

[٨٤٩] قال :

وان[5] ورد على قاض كتاب من قاض بشيء لا يراه هذا القاضى ، وهو مما اختلف فيه العلماء فانه لا ينفذه •

لأن كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة ، ثم شهود الفرع اذا شهدوا[6] بحق عند القاضى وهو لا يرى ثبوت ذلك الحق ،

(١) الزيادة من ل •

(٢) ك ل : وان

(٣) الزيادة من س •

(٤) س : يقبل الكتاب ويسمع • ص : فان القاضي الذى ورد عليه الكتاب يقبل ذلك •••

(٥) ف ج هـ : ولو ورد •

(٦) ف ج : اذا قالوا الحق • ل : اقاموا بحق • ب ص : قام بحق•

وهو مما اختلف فيه العلماء ، فان الرأى فى ذلك الى القاضى ، ان شاء قضى ، وان شاء لم يقض ، كذلك ههنا •

فرق بين الكتاب وبين السجل ؛ فانه اذا ورد على القاضى[1] سجل من قاض آخر[2] ، وهو لا يرى ذلك ، وهو مما اختلف فيه العلماء ، فانه ينفذه ويمضيه •

والفرق أن السجل لا يكون الا بعد القضاء ، وحال ما قضى فالقضاء صادف موضع الاجتهاد فنفذ ، فلا يكون لأحد من القضاة ان يبطله برأيه ، فأما الكتاب فيكون قبل القضاء ، فاذا لم يكن الكتاب من القاضى كان[3] للقاضى الذى ورد عليه الكتاب ان يتبع رأى نفسه •

الى هذا الفرق اشار صاحب الكتاب فقال :

لأن كتاب القاضى [الى القاضى][4] ليس بقصة[5] ، انما هو بمنزلة الشهادة •

[٨٥٠] قال :

واذا كتب القاضى كتابا وذكر فيه اسم المدعى واسم المدعى عليه لاغير ، لا يصح مالم يذكر نسبه •

واختلفوا فى النسبة الى الجد على حسب ما ذكرنا[6] ؛ فان نسبه الى

---

(١) ك هـ ل : على قاض •

(٢) ص : آخر وكان ذلك القاضي ممن لا يرى وهو مما اختلف ••

(٣) ل : كان للذى ورد • ب : قضاء كان للقاضي •••

(٤) الزيادة من س •

(٥) س ك هـ ل ب : بقضية • ص : بقضاء • وقد مر شرح المراد من القصة •

(٦) ص : ذكرنا من قبل •

فخذه[١] ، او الى تجارة ، او الى صناعة كان ذلك زيادة في التعريف ، لا أن يكون شرطا لازما ، فان ذكر اسم المدعى عليه ونسبه وصناعته او فخذه، وفي تلك الصناعة او [١٩٣ آ] في ذلك الفخذ اثنان على ذلك الاسم والنسب، لم يقبل القاضى الكتاب حتى يقيم البينة على المطلوب انه هو الذى كتب فيه الكتاب •

لأن التعريف لا يقع بهذا ؛ اذ ليس احدهما بأولى من الآخر •

وان لم يكن فى تلك القبيلة[٢] اثنان على ذلك الاسم انفذ القاضى عليه الحكم ؛ لأنه وقع بها المعرفة •

فان قال المطلوب : فى هذا الفخذ ، او فى هذه التجارة رجل على هذا الاسم والنسب ، لم يقبل منه ولم تندفع الخصومة من غير بينة ؛ لما يأتى بعد هذا •

فان قال المطلوب : انا اقيم البينة ان فى هذا الفخذ ، او فى هــذه التجارة رجلا على [هذا الاسم والنسب ، فهذا على وجهين : اما ان قال : أنا اقيم البينة انفى هذا الفخذ او فى هذه التجارة رجلا على][٣] هــذا الاسم والنسب يقبل[٤] منه هذه الشهادة ، وتندفع الخصومة •

لأنه اذا كان حيا لا يتعين هو[٥] المطلوب •

---

(١) ب : فان نسبه الى جده او الى تجارة •

(٢) ب : في تلك القبيلة والصناعة اثنان •

(٣) ما بين القوسين سقط من ك ف ج م واثباته عن سائر النسخ، وفي ل س : انه في هذه ••• رجل وفى ص : انه كان فى هذا الفخذ ••• رجل •••

(٤) س ف: فقبل • ل: فانه يقبل • ص: لم يقبل (وهو سهو) •

(٥) س : هذا المطلوب •

وان قال : انا اقيم البينة انه كان فى [هذا][1] الفخذ او في هـــذه النجارة رجل على هذا الاسم [والنسب][2] ، وانه مات لم يقبل[3] ذلك منه ، الا ان يكون موت فلان بعد تاريخ الكتاب ، وشهادة الشهود بالحق فى كتاب القاضى الان ، وتندفع الخصومة •

لأنه اذا كان فلان مات قبل تاريخ الكتاب يتعين الباقي مطلوبا ، واذا مات فلان بعد تاريخ الكتاب لم يتعين فيبقى الاشتباه •

[٨٥١] قال :

وان كان فى الكتاب : على[4] فلان بن فلان الكندى او التميمي او الهمدانى لم أجز ذلك حتى ينسب[5] الى الفخذ الذى هو منه •

لأن هذا الاسم عام ، وربما يكون على ذلك الاسم والاضافة الى القبيلة جماعة من الناس ، فينبغي[6] ان ينسبه الى فخذه •

[٨٥٢] قال :

وان قال الخصم : انا فلان بن فلان الفلاني ، وليس عليّ لهذا شيء ، لم أقبل ذلك منه ، ولم يكن فى هذا حجة له •

لأنه أقر أن المكتوب فى الكتاب هو ، فـلا يـكون جحـوده الحـق حجة له[7]•

---

(١) الزيادة من ص •

(٢) الزيادة من ب ص •

(٣) هـ ف ج : لم أقبل •

(٤) س : على فلان الكندى •

(٥) س ل : ينتسب •

(٦) ب : فتعين أن ينسبه •

(٧) عبارة : (لأنه أقر ان المكتوب فى الكتاب هو فلا يكون جحوده الحق حجة له) ليست فى ب •

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ولو قال : لي حجة اني دفعت اليه المال[1] ، او [١٩٣ ب] أبرأني ، او أتى بمخرج ، قبل القاضى ذلك منه .

لأنه يدعى الخروج[2] واسقاط الحق فتقبل[3] حجته على ذلك .

[٨٥٣] قال :

وان قال الخصم : لست بفلان بن فلان الفلانى ، والقاضى المكتوب اليه لا يعرفه ، فعلى الرجل الذى اتى بالكتاب ان يقيم البينة انه فلان بن فلان الفلانى بعينه .

لأن القاضى ان عرف الحق[4] ، ولم يعرف المطلوب ، فيحتاج الطالب الى ان يقيم البينة على انه هو بعينه ؛ ليتمكن القاضى من القضاء عليه .

[٨٥٤] قال :

وان قال الخصم : انا فلان بن فلان الفلانى ، وفى هذا الحي ، او فى هذ التجارة رجل غيري على هذا الاسم والنسب ، قال له القاضى : اثبت[5] ذلك عندي ، فاذا اثبت[6] ذلك عنده بشهود تدفع الخصومة عنه ، ولا[7] يحكم عليه بشيء حتى يعرف الرجل المكتوب فيه .

لأنه لم يتعين هو مطلوبا .

---

(١) عبارة : (لو قال لي حجة انى دفعت اليه المال) سقطت من ص ومحلها بياض فيها .

(٢) ل : المخرج .

(٣) عبارة : (لأنه يدعي الخروج واسقاط الحق فتقبل) ليست في ص ومحلها بياض فيها .

(٤) ف ل : ان عرف الحق له لم يعرف ..

(٥) ل : ثبت .

(٦) هـ : فان ثبت . ف ج : فاذا ثبت .

(٧) ب : ولم .

وان لم يثبت ذلك عنده بشهود كان هو الخصم ، وانفذ عليه الحكم .
لأنه تعين مطلوبا[1] ، فانتصب خصما ، فهو بهذا يريد دفع ذلك عن نفسه ، فلا يقدر الا ببينة .

[٨٥٥] قال :

وان كان الكتاب على ميت احضر بعض الورثة ، وسمع[2] من الشهود ، وقبل الكتاب .

لأن بعض الورثة ينتصب خصما فيما يدعى للميت او على الميت .

[٨٥٦] قال :

ولو أن هذا القاضى لم يأته كتاب القاضى ، ولكنه أتاه[3] رسالة من القاضى مع رجل بمثل ما يكون فى الكتاب ، واشهد على ذلك ، لم يقبل هذه الرسالة .

فرق بين الرسالة والكتاب .

والفرق وهو ان الكتاب من القاضى الكاتب جعل كالخطاب بنفسه للقاضى المكتوب اليه ، والكتاب وجد منه في[4] موضع القضاء ، فكان الخطاب موجودا منه فى موضع[5] القضاء ، فيكون حجة .

اما فى الرسالة فالرسل ينقل خطاب المرسل ، والنقل اقتصر على هذا

---

(١) العبارة من قوله : وان لم يثبت ذلك عنده بشهود ... الى هنا ليست فى هـ .

(٢) س : وسمع الشهادة .

(٣) ل : أتته

(٤) ف ك ب : من موضع . هـ : وجد فيه موضع القضاء .

(٥) ك هـ ب : من موضع .

الموضع ، فيثبت[1] خطاب المرسل في هذا الموضع ، والمرسل فى هـذا الموضع ليس [١٩٤ آ] بقاض ، وقول القاضى فى غير موضع قضائه كقول واحد من الرعية •

ونظير هذا ما روي عن محمد رحمه الله انه قال في مصر فيه قاضيان في كل جانب منه قاض ، فكتب احدهما الى الآخر كتابا يقبل كتابه ، ولو أتى احدهما الى صاحبه واخبره بالحادثة بنفسه لا يقبل منه قوله •

لأنه في الوجه الاول جعل كأن الكاتب خاطبه في[2] موضع القضاء وفي الوجه الثاني خاطبه في[3] غير موضع القضاء كذا ههنا •

[٨٥٧] قال :

وكذلك لو ان القاضيين التقيا في عمل احدهما ، او فى مصر ليس من عملهما ، فقال له : ثبت عندي لفلان بن فلان الفلاني كذا وكذا فاعمل بذلك بما يحق لله تعالى عليك لم يقبل ذلك[4] ، ولم ينفذه •

لأن في الوجه الاول الخطاب والسماع وجد فى موضع لا ينفذ فيه قضاؤه ، فصار كخطاب غيره او سماعه[5] وهو غير قاض ، فلا يجوز ان يعتمده فى القضاء به •

وفى الوجه الثاني الخطاب والسماع وجدا فى موضع لا ينفذ قضاؤهما فيه ، فكان كخطاب غير القاضى لغير القاضى ، بخلاف كتاب القـاضى الى القاضي ؛ لأن خطاب الكاتب انما وجد فى موضع ينفذ فيه قضـاؤه ،

---

(١) ص : فثبت •
(٢) ف ك هـ : من موضع •
(٣) ف ك هـ : من غير موضع
(٤) ص : ذلك منه
(٥) ب ل هـ ص : او كسماعه •

وثبت[1] ذلك عند المكتوب اليه فى موضع ينفذ فيه[2] قضاؤه ايضا ٠

[٨٥٨] قال فى الكتاب :

الكتاب انما هو بمنزلة الشهادة ٠

يريد به الفرق بين كتاب القاضى وبين قول[3] القاضى اذا سمع قاض آخر فى موضع قضاء المخبر ٠

معناه ان الكتاب بمنزلة الشهادة على الشهادة ، والقاضى المكتوب اليه انما سمع[4] الكتاب فى موضع هو قاض فيه فقد سمع الشهادة فى موضع هو قاض فيه ٠

فأما اذا سمع قول القاضى فى موضع قضاء[5] المخبر فانما يسمع فـي موضع ليس موضع قضائه ، ولا ينبغي للقاضى أن يقبل الشهادة[6] في غير بلده الذى هو قاض فيه[7] ٠

[٨٥٩] قال :

وان عزل القاضى الكاتب او مات بعدما وصل الـكتاب الى القـاضى المكتوب اليه [١٩٤ ب] وقرأ ما فيه نفذه وأمضاه ٠

لأن العزل بمنزلة الموت ، وكتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة

---

(١) ص : ويثبت ٠

(٢) قوله : (فى موضع ينفذ فيه) ليس فى ص ومحله بيـاض فيها ٠

(٣) قوله : (الفرق بين كتاب القاضي وبين قول) ليس في ص ، ومحله بياض فيها ايضا ٠

(٤) ب : يسمع ٠

(٥) ف هـ : قضى المخبر ٠

(٦) ل : شهادة ٠

(٧) ك : عليه ٠

على الشهادة ثم موت شاهد الفرع بعد الشهادة لا يمنع القضاء ، وكذا موت القاضي الكاتب بعد وصول الكتاب .

وان مات او عزل قبل وصول الكتاب اليه لم يقض به .

لأنه لم يثبت بالكتاب كلام القاضي ، وانما ثبت[1] كتاب الرعية .

[٨٦٠] قال :

ولو فسق القاضي ، او صار في حالة[2] لا يجوز حكمه ، من ذهاب عقل ، بعد وصول الكتاب اليه ، فان القاضي لا ينفذ ما فيه .

لأن شاهد الفرع اذا فسق او جن قبل القضاء لم يجز الحكم بشهادته، كذلك ههنا .

[٨٦١] فان عمي القاضي الكاتب بعد وصول الكتاب ، فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا ينفذه ، وعند ابي وسف رحمه الله ينفذه[3] .

لأنه لو عمي شهود الفرع بعد ما شهدوا ، قبل ان يقضي القاضي بشهادتهم كان هذا على الخلاف ، كذا ههنا ، وجب أن يكون كذلك .

[٨٦٢] قال :

ولا ينبغي للقاضي ان يقبل كتاب عامل ، ولا قاضي رستاق[4] ، ولا

---

(١) ص : يثبت .

(٢) ص ل : في حال .

(٣) قوله : (وعند ابى يوسف ينفذه) ليس في هـ .

(٤) الرستاق جاء في اللسان : قال اللحياني : الرزتاق والرستاق واحد ، فارسي معرب الحقوه بقرطاس ، ويقال رزداق ورستاق والجمع الرساتيق وهي السواد وقال : الرسداق والرزداق فارسي ، بيوت مجتمعة ولا تقل رستاق (لسان العرب ـ صادر : رزق ، ١١٦/١٠) وقد عده الجواليقي في المعرب (ص ١٥٨) وقال بعضهم الرستاق مولد وصوابه رزداق (مصباح : ٣٤٦/١) ، وانظر حول الموضوع المبسوط : (٩٨/١٦) .

قرية ، الا[1] قاضي مصر من الامصار ، او مدينة من المدائن ، فيها منبر ، او كتاب الخليفة .

لأنقاضي الرستاق ليس بقاض ، وما يفعل[2] على سبيل الصلح ، لا على سبيل القضاء ، فان قضاءه لا ينفذ ، وكتاب غير القاضي لا يقبل .

[٨٦٣] قال :

فان كتب القاضي الى الامير[3] الذي يستعمله[4] ، وهو معه في المصر : اصلح الله الامير الجليل السيد ، ثم اقتص[5] القضية ، وبعثه[6] مع ثقة ، ولم يشهد على الكتاب ، ففي القياس ان لا يقبل الامير هذا الكتاب ، وفي الاستحسان يقبل وينفذه .

وجه القياس : ان هذا[7] كتاب القاضي ، فيشترك [فيه][8] الختم ، والشهادة ككتب القضاة .

وجه الاستحسان : ان العادة جارية ان القاضي[9] يكتب الى الامير ، ويستعين به فيما يعجز عن اقامته بنفسه في كل وقت ، فلو شرطنا [١٩٥آ] الشهادة والختم يقع الناس في الحرج ؛ لأن كل واحد لا يحضر مجلس

---

(١) ف ك ج : الى قاضي مصر (وهو تصحيف) .

(٢) ل : وما يفعله يفعله على سبيل . ب : وما يفعل يفعل على سبيل .

(٣) ف : ان الامير

(٤) ب هـ ل : استعمله .

(٥) س : قص .

(٦) ف هـ ص : وبعث .

(٧) س : ان هذا الكتاب كتاب القاضي .

(٨) الزيادة من س هـ ل .

(٩) ف : الى القاضي .

الامير فيشهد ، والامير لا يمكنه التفحص[1] عن احوال الشهود ابدا ، فيقبل الكتاب لضرورة[2] •

لكن هذه العادة فى المصر الواحد •

اما فى المصرين بان كان القاضى فى مصر والوالي فى مصر آخر لاعادة [فيه][3] فيرد الى ما يقتضيه القياس ، فلا يقبل الكتاب ، الا أن يكون مختوما ، وله[4] معه شاهدان يشهدان كما يشهدان على كتاب القاضى •

[٨٦٤] قال :

ولو انكسر خاتم القاضى الذى على[5] الكتاب ، وعليه خواتم[6] الشهود ، فان القاضى يقبله •

وهذا فى عرف[7] ديارهم ، فان الشهود يختمون على الكتاب[8] كالقاضى ، فاذا بقى خواتم[9] الشهود حصل ما هو المقصود ، وهو الأمن من التغيير والتبديل • وهذا بالاتفاق •

وكذلك لو لم يكن للشهود عليه خواتم[10] ، وقالوا : نحن نشهد

---

(١) ف ك : الفحص •

(٢) ل : للضرورة •

(٣) الزيادة من س ب •

(٤) هـ ل : وله شاهدان •

(٥) قوله : (القاضي الذى على) ليس فى ص ومحلها بياض •

(٦) ل : خواتيم •

(٧) ص : عرف بلدهم •

(٨) قوله (يختمون على الكتاب) ليس في ص ومحلها بياض •

(٩) ل : خاتم الشاهد •

(١٠) ل : خواتيم •

أن هذا كتاب فلان بن فلان القاضي[١] ببلد كذا قرأه علينا ، واشهدنا عليه فانه يقبله .

وكذا لو كان الكتاب منشورا[٢] وفي اسفله خاتم ، فان القاضي يقبله ، اذا شهد الشهود عليه ، وانه قرأه عليهم . وهذا قول ابي يوسف رحمه الله .

اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقبل اذا كان غير مختوم ، غير ان ابا يوسف يقول : ان كان الكتاب غير مختوم[٣] فلا تصح الشهادة على الكتاب ، حتى يشهدوا بما في الكتاب ؛ لانه اذا كان غير مختوم ، فهو بمنزلة الصك ، وعلم الشهود بما في الصك شرط صحة الشهادة ، فكذا علمهم[٤] بما في الكتاب شرط صحة الشهادة[٥] .

فأما اذا كان مختوما فعلم الشهود بما في الكتاب ليس بشرط عنده ، لما مر في صدر الكتاب .

قال القاضي الامام ابو علي النسفي[٦] :

كنا نظن انه على قول ابي يوسف رحمه الله لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي اذا كان غير مختوم حتى وقفنا على رواية الخصاف عنه انه يقبل .

---

(٧) ف ل : قاضي بلد كذا .

(٨) ص : مشهورا .

(٩) قوله : (غير ان ابا يوسف يقول ان كان الكتاب غير مختوم) ليس في ل .

(١٠) هـ : فكذا عليهم .

(١١) س : بشرط صحة الكتاب .

(١) الامام ابو علي النسفي مرت ترجمته في تعليقات الفقرة ٢٨٠ (جـ ٢ ص ٢٩ من هذا الكتاب) .

وهي هذه [١٩٥ ب] الرواية •

لأنه اذا انكسر الخاتم وليس عليه ختم الشهود ، او كان الختم في اسفله كان كأنه لم يختم ، ومع هذا جاز قبوله •

وذكر ابو بكر الرازي[١] والشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمهما الله ان قبول الكتاب مع كسر الخاتم قولهم جميعا •

لأن هذا مما يبتلى به الناس •

واضافة الخصاف الجواب الى ابي يوسف يحتمل ان يكون منصرفا الى المسألة الاخيرة ، وهي[٢] ما اذا كان الختم في اسفله •

[٨٦٥] قال :

ولو ان المطلوب طعن عند هذا القاضي في القاضي الذي كتب ، او في الشهود الذين شهدوا عليه بالحق عند القاضي الذي كتب الكتاب ، وقال لهذا القاضي : اني آتيك بما اوضح هذا عندك ، او قال له : سل عن ذلك فانك تجده[٣] على ما قلت لك ، وقال فيهم[٤] ما تسقط به عدالتهم ، بان[٥] قال : ان الشهود الذين شهدوا عند القاضي الكاتب عليه بالحق عبيد ، او محدودون في قذف ، او من أهل الذمة ، سمع القاضي هذا الطعن ، فان أقام على ذلك شاهدين لم يقبل القاضي ذلك الكتاب •

---

(١) ابو بكر الرازي هو الملقب بالجصاص احد شراح كتاب ادب القاضي للخصاف وقد مرت ترجمته في تعليقات الفقرة ٣٦٥ (ج ٢ ص ١٤٤ من هذا الكتاب) •

(٢) ف : وهو •

(٣) ف ج ك : تخبره •

(٤) ف ج : فيه •

(٥) ض : فان قال •

لأن هذه الاشياء ليست بجرح مفرد على ما يأتي بيانه في شرح كتاب التزكية ، فلا يمتنع قبول الشهادة عليها •

وبه تبين ان ما ذكرنا[1] في شرح الجامع الصغير فـي كتاب القضاء انه قيل : ان الخصاف ذكر ان الشهادة على الجرح المفرد مقبولة[2] غير صحيح ، لأن هذه الاشياء ليست بجرح مفرد •

هذا اذا اقام شاهدين •

وان اقام شـــاهدا واحدا ، ذكر في الكتاب [و][3] قال بأن هــذا شبهة •

يعنى[4] بـه ان تمكنت التهمـة بشهادة الواحـــد فتقع الحاجة فى القضاء ، والقضاء مع الشبهة لا يجوز ، فيتفحص[5] ، فان وجد الامر على ما شهد به هذا الواحد ، والا قضى بالكتاب •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) ص : ذكره •

(٢) ل : مقبول •

(٣) الزيادة من هـ ل ص •

(٤) س : يعنى تمكنت •

(٥) ف ل : فيفحص •

الباب الثاني والستون

في الرجل يريد أن يكتب[1] وصية والشهادة عليها

[٨٦٦] ذكر عن يونس انه قال :

جاء [١٩٦آ] رجل الى الحسن البصري رحمه الله بوصية مختومة ليشهد[2] عليها ، فقال : ما تجـد[3] في هؤلاء الناس رجلين تثق بهمـا وتشهدهما[4] على ما في كتابك هذا ؟

في الحديث دليل على انه لا بأس للانسـان ان يتحرز عن قبول الشهادة ، وعن تحملها ، ألا ترى ان الحسن تحرز ، وهذا لأن تحمل[5] الشهادة وقبولها أمانة ، ولا بأس للانسان ان يتحرز عن قبول الامانة •

[٨٦٧] ذكر عن يونس انه قال :

كان الحسن يكره الشهادة على الوصية المختومة •

وبه أخذ علماؤنا •

وبيان المسألة: أن الرجل اذا كتب وصية ، وختمها ثم دعا بالشهود ، وقال : هذه[6] وصيتي وختمي ، فاشهدوا[7] على ما في هذا الكتاب ، لا يجوز هذا الاشهاد •

---

(١) ل : يريد ان يثبت •

(٢) ف ج : ويشهد • س ك ص ب : يشهد والتصحيح من ل •

(٣) ص : أتجد •

(٤) ص : او تشهدهما •

(٥) س : التحمل للشهادة •

(٦) ف ل : هذا وصيتي •

(٧) ف ج : فاشهدا •

وقال جماعة من التابعين منهم سالم[١] ، وعبدالملك بن يعلى[٢] قاضى البصرة وغيرهما : يجوز[٣] .

---

(١) سالم : هو سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب التابعي الامام الفقيه الزاهد العابد يكنى بابي عمرو وقيل هو ابو عبدالله ، سمع اباه وأبا أيوب الانصارى ورافع بن خديج وابا هريرة وعائشة وكثيرين وسمع جماعات من التابعين روى عنه جماعات منهم عمرو بن دينار ونافع مولى ابيه والزهرى موسى بن عقبة وغيرهم واجمعوا على امامته وزهادته وجلالته وعلو مرتبته وكان كثير الحديث ورعا عده ابن المبارك فى الفقهاء السبعة توفى سنة ١٠٦هـ وقيل سنة ١٠٥ وقيل غير ذلك وكانت وفاته بالمدينة انظر الحلية : ٢/١٩٣-١٩٨ رقم ١٧٧ ، تهذيب الاسماء واللغات : ١/٢٠٧ - ٢٠٨ رقم ١٩٦ ، تذكرة الحفاظ ١/٨٨ - ٨٩ رقم ٧٧ ، خلاصة تذهيب الكمال : ١١١ ، شذرات الذهب : ١/١٣٣ ، طبقات ابن سعد : ٥/١٤٤ ، طبقات القراء : ١/٣٠١ ، العبر : ١/١٣٠ ، النجوم الزاهرة : ١/٢٥٦ ، طبقات الحفاظ : ٣٣ رقم ٧٥ .

(٢) عبدالملك بن يعلى الليثي البصري قاضى البصرة قال ابن حجر في التقريب ثقة من الطبقة الرابعة مات بعد المائة وقال ابن خياط في الطبقات مات في اول زمن خالد (اى القسري) وقال فى تاريخه ان ابن هبيرة ولاه قضاء البصرة سنة ١٠٣هـ وقال وكيع انه كان قاضي البصرة زمن ابن هبيرة فانظر تقريب التهذيب ١/٥٢٤ رقم ١٣٦٦ ، طبقات ابن خياط ص ٢٠٦ ، تاريخ ابن خياط : ١/٣٤٣ ، اخبار القضاة : ٢/١٥ - ٢٠ وفيها نماذج من قضائه .

(٣) ف ج م : يختم ، وخبر ان عبدالملك بن يعلى جوز الشهادة على الوصية المختومة دون علمهما بما فيها انظره يرويه وكيع عن الصغاني قال حدثنا ابو بكر قال : حدثنا زيد بن الحباب ، عن حماد بن سلمة ، عن قتادة ، عن عبدالملك بن يعلى ، قاضي البصرة : في الرجل يكتب وصيته ، ثم يختمها ، ثم يقول : اشهدوا على ما فيها ، قال : جائزة (اخبار القضاة : ٢/٢٠) .

ومنهم من فصّل فقال :

ان كتب ذلك بنفسه بين يدي الشهود ، وختمه ، واشهدهم على الكتاب والختم ، يجوز ، وان جاء بالكتاب مختوما[1] ، واشهدهم عليه ، لا يجوز .

والصحيح ما قاله الحسن : ان كون[2] المشهود به معلوما للشاهد شرط لجواز الشهادة بالنصوص ، ولم يوجد ، فلا تجوز الشهادة .

[٨٦٨] ذكر عن الحسن انه قال :

لا تشهد على صحيفة حتى تعلم ما[3]فيها ، فان كان عدلا شهدت ، وان كان جورا لم تشهد بها[4] .

وبيّن المعنى :

فان الوصية قد تكون عدلا ؛ بأن كانت موافقة[5] للشرع ، وقد تكون جورا ؛ بأن كانت[6] مخالفة للشرع ، ولا يتبين احدهما عن الآخر الا بان[7] يعلم الشاهد ما في الكتاب[8] ؛ فان كان عدلا يشهد على ذلك ؛

---

(١) من قوله : (واشهدهم على الكتاب والختم يجوز ...) الى هنا ليس في هـ .

(٢) س ل : أن يكون

(٣) ف : بما

(٤) س : لم يشهد ونهى وبين المعنى ...

(٥) ف هـ ص ب : موافقا .

(٦) ب ف هـ ص : بأن كان موافقا .

(٧) ف ك ج س : الا وأن

(٨) من قوله : (فان كان عدلا شهدت وان كان جورا لم تشهد..) الى هنا ليس في ل .

لأنه اعانة على البر والتقوى ، فانه مندوب اليه ، وان كان جورا لا يحل له ان يشهد [به][1] ؛ لأنه اعانة على الاثم والعدوان ، وانه[2] حرام •

[٨٦٩] ذكر حديث ابي قلابة ، وانه موافق لحديث الحسن •

[٨٧٠] وذكر عن ابراهيم ما يوافق حديث الحسن ايضا •

[٨٧١] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله : لو ان رجلا شهد على صك لم يقرأه ، ولم يقرأ عليه لا يجوز •

وكذلك [١٩٦ ب] لو شهد على وصية لم يقرأها[3] ولم تقرأ عليه لا يجوز •

وهذا بالاتفاق •

فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يحتاجان الى الفرق بين هذه وبين كتاب القاضي الى القاضي ؛ فانه اذا[4] شهد على كتاب القاضي الى القاضي وختمه ، ولم يقرأ عليه ، ولم يعلم بما فيه لا يجوز[5] عندهما •

وابو يوسف رحمه الله يحتاج الى الفرق ، لأنه يجوز عنده •

والفرق : ان في كتاب القاضي الى القاضي الاشهاد انما يكون على الكتاب وعلى الختم وقد وجد ، اما الاشهاد في الصك والوصية فانما يكون على البيع والحق الذى في الكتاب ، فما لم يوجد الاشهاد على البيع والحق لا يجوز ، والاشهاد على البيع والحق باحد الطرق الثلاثة ، اما[6]

---

(١) الزيادة من ص •

(٢) ل : فانه •

(٣) ف : لم يقرأه •

(٤) ل : ان •

(٥) ف ج : يجوز (بسقوط لا) •

(٦) ل : وهي اما ان يقرأ •

أن يقرأ ، أو يكتب بين يديه ، وهو يعلم بما فيه فيقول[١] الكاتب له اشهد علي بما فيه[٢] ، او يقرأ الكتاب حتى يكون اقرارا منه ، او يقرأ على الكاتب بين يدي الشهود ، ويقول الكاتب : اشـهد عليّ بمـا فيه ، او يكتب بين يديه ، وهو يعلم بما فيه ، ويقول الكاتب له : اشهد علي بمـا فيه[٣] .

لما نبين .

وقال ابو حنيفة رحمه الله : ان كتب الصك والوصية بخطه قدام الشاهد فان الشاهد يسعه أن يشهد على ذلك اذا قال له اشهد علي[٤] ، وقد عرف الشاهد ما كتب .

فرق بين هذا وبين ما اذا لم يقل اشهد ، فانه[٥] وان عرف ما كتب لا يسعه ان يشهد .

والفرق : ان كتاب الصك والاقرار قد يكون للتجربة والامتحان ، وقد يكون لنقل كتابة الصك انه كيف يكتب ، ومع الاحتمال لا يسعه ان يشهد ، فأما اذا أمره أن يشهد عليه بما فيه فقد ظهر ان الكتابة[٦] ما كانت

---

(١) ل : ويقول .

(٢) س : (اشهد علي بما فيه يسعه ان يشهد) ثم سقطت العبارة بعدها منها .

(٣) م قوله : (او يقرأ الكتاب حتى يكون اقرارا منه ...) الى هنا ليس في س ، وجاء بدلها عبارة : (يسعه ان يشهد) .

(٤) هـ : اشهد عليه .

(٥) س : لم يقل اشهدوا به وان عرف

(٦) س : ان الكاتب ما كتب للتجـربة والامتحـان بل كاتب للاستيثاق ...

للتجربة والامتحان[1] ، بل كانت للاستيثاق على نفسه ، فوسعه ان يشهد.

قال القاضي الامام ابو علي النسفي :

هذا اذا لم يكن الكتاب مكتوبا على الرسم ، فان كان الكتاب مكتوبا على الرسم كتبه بين يدي الشاهد ، وكان الشـــاهد [١٩٧آ] يحسن[2] الكتاب ، ويفهم ما في الكتاب وسعه ان يشهد عليه وان لم يقل له الكاتب اشهد على ما في الكتاب .

لأنه اذا كان مكتوبا على الرسم كان بمنزلة الخطاب ، ولو سمع خطابه وسعه ان يشهد عليه ، وان لم يقل له اشهد .

وقال[3] رحمه الله : الى هذا اشــار فى كتاب النكاح لكن صاحب الكتاب لم يفصل فى الكتاب .

وهذا اذا عرف ما فى الكتاب ، فان لم يعرف لا يسعه ان يشهد ، وان أشهد على ما في الكتاب ؟ بان قال له اشهد عليّ بما فيه ، الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله انه قال : اذا كتب الصك بين يدي الشــاهد واودعه عنده ، وقال له : اشهد علي بما فيه وسعه ان يشهد عليه بما فيه وان لم يعرف ما فيه .

فعلى هذه الرواية فرق بين هذا وبين ما اذا لم يكن وديعة عنده .

والفرق انه اذا كان وديعة عنده لا يتوهم التغيير والتبديل ، واذا لم يكن وديعة عنده يتوهم[4] .

---

(١) من قوله : (وقد يكون لنقل كتابة الصك ...) الى هنـــا ليس فى ص .

(٢) ل : يحسن الشهادة .

(٣) ب : قال (بسقوط الواو) . والقائل هنا هو الامام ابو علي النسفي .

(٤) ل : يتوهم ذلك .

[٨٧٢] قال :

واذا كان الشهود أميين لا يقرأون[١] ، فكتب انسان الصك ، او الوصية بمحضرهم ، ثم قال : اشهدوا عليّ بما في هذه الوصية ، او بما في هذا الصك ، لم يسعهم ان يشهدوا فى ذلك •

لأنهم لم يتحملوا الشهادة عن[٢] علم • واذا لم يعلموا ما في الوصية والصك وان شهدوا عند القاضي وفسروا الأمر كما كان لم ينفذ[٣] القاضى ذلك •

لأنهم ما تحملوا الشهادة عن علم •

[٨٧٣] قال :

واذا تقدم الرجل[٤] الى القاضي فادعى[٥] أن رجلا اوصى اليه وذكر ان له بينة على ذلك ، وأراد اثبات الوصية ، فان القاضى لا يسمع من شهوده الا بمحضر من الخصم •

لأن البينة انما تسمع على الخصم[٦] ، والخصم فى ذلك الوارث ، او رجل عليه للميت دين ، او قبله حق ، او له قبل الميت حق ، او رجل أوصى له بوصية •

اما الوارث فلأن المدعى يدعى عليه ولاية التصرف فى المال •

اما الموصى له فلأن للموصى له حقاً فى الميراث كالوارث ، فيكون

(١) ف : لا يقرأ •

(٢) ب ف ج هـ ص : على علم اذا •

(٣) س : لم يقبل •

(٤) ف س : رجل •

(٥) ف هـ : وادعى •

(٦) هـ : على الخصم الجاحد • ب ل ص : على خصم جاحد •

حكمه حكم الوارث .

واما الغريم [١٩٧ب] الذى عليه للميت دين فلأنه يدعي عليه حق استيفاء الدين .

واما الغريم الذى له قبل الميت دين [فقد][١] قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني : اختلف العلماء فى هذا الفصل : منهم[٢] من قال بالطعن في هذا الفصل ، وقال : ينبغي ان لا ينتصب خصماً ، لأن الوصى لا يدعى عليه شيئاً[٣] .

ومنهم من قال : ما ذكر فى الكتاب صحيح ؛ لأنه ان كان لا يدعى عنده[٤] حقاً فهو يدعي عليه دينا ، والوصي يدعي الوصاية وينكر الدين ، فيقيم البينة علـى انـه وصي ، واذا ثبتت الوصاية يقيم المدعي البينة عـلى الدين فيأخذ منه الدين .

فرق بين الوصي وبين الغريم ، وسيأتي الفرق في باب اثبات الدين على الميت .

فان أحضر[٥] واحدا من هؤلاء يسمع من شهوده بحضرته .

بعد ذلك المسألة على وجهين :
اما ان عرف القاضى عدالة الشهود .
او لم يعرف .

---

(١) الزيادة من السياق .

(٢) ل س ب : منهم من طعن فى هذا الفصل .

(٣) هـ ب : شيء .

(٤) ل : يدعى عليه حقا .

(٥) ص : حضر .

ففي الوجه الاول انفذها له .

وفى الوجه الثانى ان عدلوا انفذها ، كما فى سائر القضايا .

[٨٧٤] قال :

[وقال][1] ابو حنيفة رحمه الله :

ان طعن على الوصي في شيء سأله القاضى عنه ، فبعد[2] ذلك المسألة على وجهين :

اما ان اتهم[3] بتهمة لم يتضح ذلك للقاضي .

او[4] اتهم بتهمة بينة .

ففي الوجه الاول جعل[5] القاضى معه رجلا ثقة مأموناً ، يكون امرهما واحدا ، أو يجعل عليه مشرفا ؛ لأنه اذا اتهم فقد قيل فيه وقد ثبت في الاخبار « كيف وقد قيل »[6] .

---

(١) الزيادة من س ص ب .

(٢) ل : فعند ذلك . ب فبين فبعد ذلك .

(٣) س : يتهمه بتهمة .

(٤) س : او بتهمة بينة (بسقوط الفعل اتهم) .

(٥) ل : يجعل .

(٦) قوله : وقد ثبت فى الاخبار : « كيف وقد قيل » رواه البخارى عن عقبة بن الحارث وسببه انه تزوج فأتته امرأة سوداء فقالت قد ارضعتكما فسال النبي صلى الله عليه وسلم فذكره ففارقها ونكحت زوجا غيره فانظره في كتاب الشهادات ، صحيح البخارى : (٢/٦٦) وفي العلم والبيوع والنكاح ورواه غيره فانظر ذخائر المواريث فى الدلالة على مواضع الحديث : (٣/٣ رقم ٥٢٠٨) وانظر كشف الخفاء : (٢/١٩٨ رقم ٢٠٣٤) .

وفي الوجه الثاني اخرجه القاضى من الوصية ، وجعل وصيا آخر ؛ لأن الموصي لو كان حيا ووقف على حاله ما فوض الوصاية اليه ، فاذا لم يقف[1] عليه ، ووقف عليه القاضى كان للقاضى ان ينظر له ، فيستبدل به.

واما اذا لم يكن متهما بالخيانة ، لكن لا يهتدي الى التجارة[2] ، لضعف رأيه ، فان القاضى يضم اليه وصيا آخر حتى اذا قصد التصرف لا ينفرد بالتصرف.

[٨٧٥] قال :

واذا اثبت الوصى[3] وصيته ، وفيها - يعنى في كتاب وصيته - اقرار من الميت بديون لأناس [١٩٨ آ] شتى ، ووصايا شتى لقوم[4] مختلفين[5] ، ووصايا في ابواب البر ، وأحضر بعض الغرماء او بعض الموصى لهم ، فيثبت ذلك ويحكم[6] له القاضى بأنه وصى.

قال ابو حنيفة رحمه الله : كلما حضر واحد من الغرماء او الموصى لهم قيل له : اعد البينة وخذ حقك ، الا ما كان فى ابواب البر ، فان القاضى ينفذ ذلك.

وقال ابو يوسف : لا اكلف احدا اعادة[7] الشهود ، بل كلما حضر واحد منهم قضيت له بحقه.

---

(١) فاذا لم يقف على حاله.

(٢) هـ ف ج ل : التجارات.

(٣) ف : الموصي (وهو تصحيف).

(٤) ف : ووصايا شتى لاناس مختلفة.

(٥) ف ل ص ب : مختلفة.

(٦) ص ل : وحكم.

(٧) هـ : اعادة البينة بل كلما حضر ...

ولم يذكر قول محمد رحمه الله •

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي فى شرح هذا الكتاب قوله مع قول ابي يوسف •

هما يقولان : لما ثبت كتاب الوصاية ثبت جميع ما في الكتاب بمعاينة من القاضى ، فينفذ ذلك كله ، ولا يحتاج الى اعادة البينة على ذلك •

وابو حنيفة رحمه الله يقول : الاقرار بالدين والوصية لأقوام معينين، انما ينفذ لحقهم ، والبينة على حق المرء لا تقبل الا بحضرته ، فكل من كان حاضرا وقت اقامة البينة من الوصي على كتاب الوصية من الغرماء[1] والموصى لهم ثبت دينهم ووصيتهم ، ومن لا فلا • بخلاف الوصايا فى أبواب البر ؛ لأنها تنفذ لحق الميت[2] ، والوصي انتصب خصماً عن الميت ، فكان قبوله البينة بحضرة الخصم ، وبخلاف الغريم الذى للميت عليه دين ، حيث[3] له أن يطالب ؛ لأنه يطلب حق الميت ، والوصي انتصب خصماً عن الميت ، فكان قبول البينة فى هذا الحكم بحضرة الخصم •

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

لم يذكر محمد هذه المسألة فى المبسوط ، وانما استفيدت من صاحب الكتاب رحمه الله •

[٨٧٦] قال :

وان جهل معرفة الذى قدم ، وزعم انه هو الغريم الذى أقر الميت له بدين بما في[4] هذا الكتاب ، أو هو الموصى له ، وأقام البينة ان الميت أقر

---

(١) س : على الغرماء •

(٢) من قوله : (ومن لا فلا •••) الى هنا ليس فى ل •

(٣) ل : حيث كان له أن يطالب •

(٤) س : بما فى هذا وهو الموصى له •

لفلان بن فلان الفلاني ، أو أوصى[1] لفلان بن فلان الفلاني ، او لم يقم [البينة][2] عندهما ، فان القاضي يقول : أثبت[3] عندي انه أقر لفلان بن فلان الفلاني ، أو أوصى[4] لفلان بن فلان الفلاني ، واثبت[5] انك فلان ابن فلان [١٩٨ ب] الفلاني ، فاذا أثبت[6] انه فلان بن فلان الفلاني[7] كما في كتاب الوصية ينظر : ان كان أقر له بدين اعطى ذلك له بعد ان يحلف ، وهذا ليس في هذا الموضع خاصة ، بل في كل موضع ادعى احد ديناً في التركة ، وأثبته بالبينة ، فانه يحلف من غير خصم انه ما استوفى حقه ، وهو مثل حقوق الله تعالى انه يحلف من غير دعوى ، وان اوصى له نفذ[8] وصيته .

[٨٧٧] قال :

ولو أن رجلا تقدم الى القاضي فقال : ان فلان بن فلان اوصى الي في جميع تركاته ، وقد مات ، وله على هذا الرجل الذى حضر معي الف درهم دين ، او[9] له في يديه وديعة الف درهم ، او ادعى للميت قبل

(١) س : وأوصى .

(٢) الزيادة من س .

(٣) س ك ل ب : ثبت وما اثبتناه عن ف ج هـ م ص .

(٤) س : واوصى . ص : او اوصى له فلان .

(٥) هـ ب : وثبت .

(٦) ف ك : ثبت .

(٧) من قوله : (واثبت انك فلان بن فلان ...) الى هنا ليس في ل .

(٨) ف ج س : نفذت .

(٩) س : او في يديه .

هذا الرجل حقا من الحقوق فقال المدعى عليه ، صدق ، وقد أوصى[١] له فلان بن فلان ، ولفلان[٢] قبلى هذا الحق الذى ادعاه هذا الوصى ، وقد مات ، وهـــذا وصيه ، فان القاضي لا يثبت الوصية باقراره حتى لا يأمر المدعى عليه بدفع ما عليه الى هذا المدعى ، لكن يقول للمدعي : اقم البينة على وصية هذا الميت اليك •

ظاهر ما ذكر[٣] فى الكتاب يدل على أن البينة تسمع على المقر ، وهو رأي صاحب الكتاب ، انه تسمع البينة على الذى حضر مع نفسه على اثبات الوصية •

قال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى فى شرح هذا الكتاب :

واكثر مشايخنا على انها لا تقبل على المقر ، وهو الذى احضره[٤] مع نفسه ، لكن اذا اراد اقامة البينة احضر خصما آخر جاحدا •

ولم يذكر غيره من المشايخ هذا •

ثم فرق بين الوصية وبين الوكالة ؛ فانه لو جاء رجل الى المديون وقال : ان صاحب الدين وكلني بقبض الدين الذى له[٥] عليك ، فأقر به المديون ثبتت[٦] الوكالة باقراره حتى يأمره[٧] القاضى بدفع[٨] المال اليه •

---

(١) س ل : اوصى اليه •

(٢) ف ج : او لفلان •

(٣) ف : ذكرنا •

(٤) ف ج ك : احضر •

(٥) س : له قبلك •

(٦) ف ج ك م : تثبت •

(٧) ف هـ : يأمر •

(٨) ل : ان يدفع •

والفرق ان الوصية لو ثبتت لتعدت الى حق غير المقر[1] ؛ لأنها انما تثبت للقاضى بعد موت الموصي ، وبالموت تتعلق احكام من عتق امهات الاولاد ، والمدبرين ، وحلول [١٩٩ آ] الآجال ، دل على أن الوصية لو ثبتت تعدت الى حق غير المقر وهو[2] الميت ، واقراره لا يكون حجة في حق الغير ، فلم تثبت الوصية باقراره ٠

فأما[3] الوكالة لو ثبتت [فانها][4] لا تتعدى الى حق الغير ؛ لأن الوكيل ان لم يكن وكيلا من الغائب بقي حق الغائب على حاله كما كان ، ولا تسقط بقبض هذا الوكيل ، فتثبت الوكالة باقراره ٠

[٨٧٨] قال :

فان ثبتت[5] عند القاضى وصيته ، وأراد [من][6] القاضى أن[7] ينفذ له الوصية ، سأل القاضى [عنه][8] : فان كان الرجل محمود الأمر[9] ، وكان موضعاً للوصية ، أنفذ[10] له الوصية[11] ، وان لم يحمد ، ولم يكن

---

(١) ل : الى حق غير المديون ٠

(٢) س : وهذا الميت اقراره ٠

(٣) س : اما

(٤) الزيادة من ل ٠ وفي س : فلو ثبتت لا تتعدى ٠

(٥) ب س ل : فان ثبّتت ٠

(٦) الزيادة من س هـ ل ص ب ٠

(٧) س : تنفيذها ٠

(٨) الزيادة من ل ٠

(٩) س ك ل : محمود الأثر وكان ٠

(١٠) ل : فانه ينفذ له الوصية ٠

(١١) من قوله : (سأل القاضي فان كان ٠٠٠) الى هنا ليس في هـ ٠

موضعاً للوصية لم ينفذها له •

وقوله : لم يجحد : يعنى كان معروفا بالخيانة •

وقوله : لـــم يكن موضعـاً [للوصية][1] : يعنى كان مبذرا مسرفا مستحقا للحجر [عليه][2] على قول من يرى الحجر •

لأنه اذا كان هكذا لا يفيد ، لأنه يعزله فى الانتهاء ، فلا يفيد الانفاذ في الابتداء •

[٨٧٩] قال :

وقال ابو يوسف : اذا جعل القاضى وصيا لأيتام فهو[3] بمنزلة وصي الاب •

لأن ولاية القاضى نظير ولاية الأب ، فصار وصى القاضى بمنزلة وصى الأب •

لكنهما يفترقان في شيء ، وهو ان القاضى اذا خص[4] شيئاً يختص به ، [حتى لو جعله وصيا فى شيء يشتريه لهم ، ويحفظ عليهم ، ليس له أن يعدو[5] الى غيره ، والاب اذا خص شيئاً لا يختص به][6] •

والفرق ان ولاية الاب مطلقة غير محتملة للتجـزي ، لأن سـببها هو[7] الابوة ، وهى لا تحتمل الوصف بالتجزي ، فمن يستفيد الولايـة

---

(١) الزيادة من ل •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) س : هل هو وكيل الاب او وصى الاب •

(٤) س : اذا حضر (وهو تصحيف) •

(٥) ل : يعدل •

(٦) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ وليست فـي متنه ولا فى نسخة س •

(٧) ف : هى •

من جهته لا يحتمل ولاية الوصف بالتجزي ايضا •

فأما القاضى فولايته محتملة للوصف بالتجزي ؛ لان سببها ، وهـو القضاء ، يحتمل الوصف بالتجزي أيضا ، فانه يجوز أن يكون قاضيا فى شيء دون شيء ، وفي مكان دون مكان ، فـكذا [من][1] يستفيد الولايـة من جهته ، تحتمل ولايته الوصف بالتجزي ، فصار وصى القاضى اذا خص شيئاً بمنزلة وكيل الاب ، ووكيل الأب ليس له ان يعدو[2] الى غيره ، وان تعدى ضمن ، كذلك هذا •

[٨٨٠] قال :

فان أوصى الميت الى رجل ، فقال القاضى للوصى : قد أشركت معك فلانا فى الوصية ، [١٩٩ ب] قال : هو بمنزلة وصي الاب ، ولا يكون بمنزلة الوكيل •

لأن ولاية القاضى فى هذا الباب نظير ولاية الاب •

[٨٨١] قال :

وان جعل القاضى وصيا للأيتام ، فحضره الموت ، فأوصى الى رجل ، فوصيه[3] يقوم مقام وصى الميت •

فرق بين الوصي وبين الوكيل ، فانه لا يملك ان يوكل غيره •

قال القاضى الامام ابو علي النسفي :

لا فرق بينهما من حيث الحقيقة ؛ لان الوصى بمنزلة وكيل قيل لـه ما صنعت من شيء فهو جائز •

---

(١) الزيادة م س هـ ل ص ب •

(٢) ل : ان يعدل •

(٣) ل : فوصيته تقوم مقام وصية الموت •

وذكر في كتاب الوكالة : انه لو قال للوكيل : ما صنعت من شيء فهو جائز ، فحضر الوكيل المـوت ، فأوصى الى غـيره بما فوض اليه ، يجوز[1] ، ويصير هذا الوصي بمنزلته • كذا هذا •

[٨٨١] قال :

واذا توفيت امرأة[2] ، ولها اولاد صغار ، ولها زوج ، وهو ابو[3] [ولدها] هؤلاء ، وتركت ميراثا من عقارات ومتاع وغير ذلك ، واوصت الى رجل ، وعليها دين لأناس ، فلوصيها ان يبيع من تركتها ما يقضى به مـا عليها من الدين ، وكذلك ان أوصت بوصية فى ابواب البر ، او لأناس شتى فما[4] يحتاج ان يباع من تركتها فيه فلوصيها أن يبيع[5] من تركتها ما ينفذ به وصيتها ، فاذا فرغ من الدين او الوصية كان الاب اولى بحصة هؤلاء الاولاد الصغار من وصي الام •

لأن قضاء الدين وتنفيذ الوصية وحفظ التركة لتنفيذها حق[6] الميت ، والميت فى حـال حياته كـان اولى بتنفيذ حقوقـه من غيره ، فكذا وصيه[7] بعد موته ، فاذا فرغت التركة من حقها ، كان الأب اولى ، لأن

---

(١) ل : فانه يجوز •

(٢) ل ك ب ص : المرأة •

(٣) س : أب ولدها • ف ج ك : أب هؤلاء • والتصحيح والزيادة من ب ل •

(٤) ب : مما •

(٥) العبارة من قوله : (من تركتها ما يقضي به ما عليهـا من الدين •••) الى هنا ليست فى ف ج م •

وقد سقطت ايضا من نسخة س وثبتت على حاشيتها •

(٦) ل : من الميت •

(٧) ص : وصيها •

الباقي مال الولد ، والاب يتقدم على الام في التصرفات في مال الولد ، فكذا على وصي الام •

[٨٨٢] قال في الكتاب :

كان الاب اولى اذا كان موضعاً لذلك •

يعني[١] اذا لم يكن مبذرا ، مسرفا ، يستحق الحجر [عليه][٢] على قول من يرى الحجر ، فاذا كان[٣] هكذا لا يملك التصرف في مال اليتيم ، ويوضع ماله في يدي عدل الى وقت [٢٠٠ آ] الحاجة ، او الى وقت بلوغ الصغير •

[٨٨٣] قال :

وكذلك ان مات الاب بعد ذلك ، وأوصى الى رجل ، فوصي الاب اولى بحصة هؤلاء الصغار من وصي الام •

لأن وصي الاب قائم مقام الاب •

[٨٨٤] قال :

ولو أن رجلا حضر القاضي[٤] ، ومعه رجل ، فادعى أن رجلا اوصى اليه ومات ، وان لـــه على هذا الرجـــل الـــذي معه الف درهم ، فقال للقاضي : سله عن دعواي ، فـــان القاضي لا يسأله عـــن الوصية الى هذا المدعي ، لكن يسأل[٥] عن موت الرجل •

---

(١) ل : يعني به انه اذا لم يكن مبذرا ولا مسرفا •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ب ص : فانه اذا كان •

(٤) ب ل : حضر الى القاضي •

(٥) ل : يسأله •

لأن المدعي يدعي انه وصي فلان ، ووصايته لا تثبت الا بعد موت الموصي •

فان أقر بذلك سأله عن المال الذى ادعاة للميت عليه •

لأنه لما أقر بالموت فقد ادعى الوصي توجه المطالبة عليه له(١) ؛ لأن حق المطالبة فى ديون الميت يتحول الى الوصى •

فان أقر بذلك ، أمر مدعى(٢) الوصية ان يقيم البينة على وصيته •

لأن الوصية مما لا تثبت الا بالبينة •

[٨٨٥] قال :

وان جحد المدعى عليه موت الرجل والمال ، ولم يكن للمدعي بينة على الوصية قال له القاضى : أقم البينة على موته ، حتى اجعل له وصيا يطالب بحقوق الميت ، ويجمع أمواله •

لأن للقاضى أن يجعل للموتى اوصياء يحفظون أموالهم •

فان أقام بينة على موته ، ولم يجد(٣) بينة على الوصية ، فالقاضى بالخيار : ان شاء جعله وصياً ، وان شاء جعل غيره وصيا •

لأن موته قد ظهر ، والوصاية لم تظهر ، فصار هذا المدعي وغيره سواء •

وكذلك ان أقر الغريم بموته وبالدين ، وأنكر الوصاية ولم يجد المدعي بينة على الوصاية ، كان القاضى أيضاً بالخيار : ان شاء جعله وصيا ، وان شاء جعل(٤) غيره •

والله تعالى اعلم بالصواب

---

(١) قوله (له) ليس فى ص •

(٢) هـ : لمدعي • ل : امر المدعي للوصية •

(٣) س : ولم يكن له بينة على الوصية فان القاضي •

(٤) س : وان شاء لم يجعله • ل : وان شاء جعل غيره وصيا •

الباب الثالث والستون

في ما يجوز من فعل الوصي[1]

[٨٨٦] قال :

واذا ثبتت[2] وصية الرجل ، والورثة صغار[3] ، فبيع الوصى ، وشراؤه لهم جائز ؛ [٢٠٠ ب] يبيع[4] كل شيء تركه الميت ، من متاع وعروض وعقار .

وأصل هذه المسألة على ثلاثة اوجه :

اما أن يكون الورثة صغارا كلهم .

أو كبارا [كلهم][5] .

أو صغارا وكبارا .

وكل وجه على فصلين :

اما ان يكون[6] الورثة حضورا ، او غيبا .

وكل فصل[7] على قسمين :

اما أن يكون[8] على الميت دين ، او لا يكون .

---

(١) س : في ما يجوز عن الوصي ان يفعله .
(٢) ص س : ثبت .
(٣) س : صغار جاز بيع الوصي وشراؤه لهم .
(٤) س : فيبيع كل شيء من التركة .
(٥) الزيادة من س .
(٦) ل س : اما ان يكونوا حضورا . هـ : يكونوا الورثة ...
(٧) هـ : وكل وجه .
(٨) ب ل ص : اما ان لا يكون على الميت دين او يكون .

ففي الوجه الاول [الجواب][1] ما ذكر في الكتاب ، انه يبيع كل شيء تركه[2] الميت من متاع وعروض وعقار ، لكن اذا كان بمثل القيمة ، او بما يتغابن الناس فيه فى الفصلين فى القسمين .

لأنه قام مقام الموصى ، والموصي كان[3] له ولاية هذه التصرفات ، فكذا الوصي ، لكن القيام بشرط النظر كان له ، وذا في البيع[4] بما يتغابن الناس فيه .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

ما ذكر فى الكتاب انه يجوز للوصي بيع عقار الصغير جواب[5] السلف . فأما المتأخرون من مشايخنا [فانهم][6] قالوا : انما يجوز بأحد الشرائط الثلاثة :

اما أن يرغب فيه رجل بضعف[7] قيمته .

او للصغير حاجة الى ثمنه .

او يكون على الميت دين لا وفاء له الا به .

لأن العقارات محصنة[8] بنفسها فلا يكون بيعها نظراً ، الا بأحد هذه الشرائط الثلاثة .

---

(١) الزيادة من س هـ ل ص ب .
(٢) س : من تركة .
(٣) ل : والموصي له ولاية ..
(٤) ف ج ك : المبيع .
(٥) س : جواز السلف (وهو تصحيف) .
(٦) الزيادة من ل .
(٧) هـ : يضعف .
(٨) ف ك ج : لان العقار محصنة ... ل : لان العقار محصن بنفسه فلا يكون بيعه ...

واما الوجه الثاني : ففي القسم الاول من الفصل الاول ، لا يملك التصرف في التركة اصلا ؛ لأن التركة بالموت انتقلت الى الورثـة ، وهـم قادرون على التصرف بانفسهم[1] ، فلا يثبت[2] للوصي الولاية ، لـكن يتقاضى ديون الميت ، ويقضى حقوقه ، فيدفع ذلك الى الورثة ؛ لأن في التقاضى[3] تحصين[4] المال ، وهو يملك التحصين .

واما القسم[5] الثاني من الفصل الاول [فانه][6] لا يخلو : اما أن يكون الدين محيطاً بالتركة ، او لم يكن .

فان كان [محيطا بالتركة كان][7] للوصى ان يبيع[8] كل التركة ؛ لأن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الورثة ، فكان له ان يبيع الكل .

وان كان[9] غير محيط [فقد][10] اجمعوا انه يبيع [من][11] كـل التركة بقدر الدين[12] .

---

(١) هـ : بالقسم (وهو تصحيف) .

(٢) س : فلا تثبت الوصية لكن يتقاضى .

(٣) س : التقابض .

(٤) ف ك : يحصن .

(٥) ص : واما فى القسم

(٦) الزيادة من ل .

(٧) الزيادة من ل . وفى ص : فان كان كان للوصي ...

(٨) س : للوصي بيع كل التركة .

(٩) ب : وان كان الدين غير محيط ...

(١٠) الزيادة من ل .

(١١) الزيادة من س ل ب .

(١٢) من قوله : (فكان له ان يبيع الكل ...) الى هنا ليس فـي نسخة ص .

واما فيما زاد على الدين [فقد] اختلفوا فيه :

قال [٢٠١ آ] ابو حنيفة : يبيع ايضا •

وقال ابو يوسف ومحمد : لا يبيع ؛ لما نبين •

وعلى هذا اذا لم يكن على الميت دين ، ولكنه أوصى باشياء ؛ فان كانت الوصية في الثلث ، او فيما[1] دونها ، أنفذها ، وان كان[2] اكثر من ذلك انفذها بمقدار الثلث ، وما بقي فللورثة •

فلو أراد أن يبيع شيئاً من التركة لتنفيذ الوصية [فقد] اجمعوا انه ينفذ بقدر الوصية •

واما فيما زاد [فقد] اختلفوا على الوجه الذى اختلفوا في قضاء الدين• وهذا اذا لم يقض الورثة الدين ، ولم ينفذوا الوصية من خالص مالهم •

اما اذا قضوا [الدين][3] ونفذوا [الوصية][4] لم يبق للوصي ولاية بيع التركة أصلا •

واما في القسم الاول من الفصل الثاني [فانه][5] يبيع العروض ، ولا يبيع العقار ؛ لأن التركة وان انتقلت الى الورثة بالموت ، الا انهم محتاجون الى النظر ، والوصي نصب ناظرا لهم ، فتثبت له ولاية النظر ، وهو حفظ أموالهم ، وبيع العروض من جملة الحفظ ، اما بيع[6] العقار فلا ، على

---

(١) ل : او فيما دون الثلث • فيما زاد دونها •

(٢) ف هـ : وان كانت التركة اقل • ل : وان كانت اكثر •

(٣) الزيادة من ل س •

(٤) الزيادة من س •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) ف ج ك : اما ببيع •

ما بينا .

واما القسم الثاني من الفصل الثاني ، فالجواب فيه كالجواب في القسم الثانى من الفصل الاول .

واما الوجه الثالث :

ففي القسم الاول من الفصل الاول يبيع من كل التركة حصة الصغار بالاجماع .

وهل يبيع حصة الكبار ؟

على[1] الاختلاف الذى ذكرناه آنفا[2] :

عند ابي حنيفة : يبيع .

وعندهما : لا [يبيع][3]

واما القسم الثاني من الفصل الاول ، فان كان الدين محيطا[4] يبيع الكل بالاجماع ، وان كان غير محيط يبيع حصة الكل بقدر الدين .

واما فيما زاد فيبيع حصة الصغار بالاجماع ، وأما فى حصة الكبار فهو على الاختلاف الذى ذكرناه ايضا غير مرة .

واما في القسم الاول من الفصل الثاني فيبيع[5] حصة الصغار بالاجماع ، واما حصة الكبار فان كانت عروضا فيبيع ، وان كان عقارا فهو على هذا الاختلاف .

---

(١) ل س ص ب : فهو على الاختلاف .

(٢) ف ج ك : ايضا .

(٣) الزيادة من س ل .

(٤) س : محيطا بالكل يبيع بالاجماع . ل : محيطا بالتركة .

(٥) ل : فانه يبيع .

واما في القسم الثاني من الفصل الثاني ، فيبيع الكل[1] بحصة الدين بالاجماع . وفيما زاد يبيع حصة [٢٠١ ب] [الصغار][2] بالاجماع . واما حصة الكبار فان كانت عروضا يبيع ، وان كانت عقـــارا فهو على هـــذا الاختلاف .

والمسائل ذكرت[3] فى باب القسمة والوصايا .

هذا هو الكلام فى وصي الاب .

واما وصي الام ووصي الاخ ان ماتت[4] المرأة ، وتركت ابنا صغيرا ، فـأوصت الى رجـــل ، او مـات الرجـــل وتـرك اخـــاً صغـــيراً وأوصى الى رجل ، فلهذا الوصي ان يبيع ما ترك من العروض ، وليس له أن يبيع ما ترك من العقار .

لأن لهذا الوصي ولاية الحفظ دون التصرف ، وبيع العروض من جملة الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التوى والتلف .

اما بيع العقار فليس[5] من جملة الحفظ ؛ لأنها[6] محصنة في نفسها .

ولا يجوز شراء هذا الوصى على اليتيم الا الطعام والكسوة خاصة ؛ لان هذا [ليس][7] من باب التصرف ، بل من باب الحفظ ، لانه يتقى به الجوع والحر والبرد .

---

(١) س : فيبيع الكل فى الدين بالاجماع .

(٢) الزيادة من ف ج س هـ ب ص .

(٣) ف ل ص ب : تذكر .

(٤) س : ان كانت امرأة .

(٥) ف ج ك : ليس .

(٦) س : لانه يحصن لنفسه . ل : لانه محصن بنفسه .

(٧) الزيادة من س هـ ل ص ب .

[٨٨٧] قال :

ولو كان الميت أوصى بثلث ماله ، وتركة الميت عقار كلها ، والورثة صغار ، لم يجز بيع الوصى على الموصى له بالثلث •

لأن الوصي نائب الموصي ، فانما تكون له الولاية على من هو خلف الموصي قائم مقامه ، والورثة خلف الموصي قائمون مقامه ، الا نرى انهم يردون بالعيب ، ويرد عليهم بالعيب ، ويصيرون[1] مغرورين فيما اشتراه الوصي[2] ، اما الموصى له فليس [بخلف][3] عن الميت ، الا ترى انه لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ، ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الوصي[4] •

وقد ذكرنا شيئاً من هذا الكلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الوصايا •

[٨٨٨] قال :

وللوصي أن يودع مال اليتيم ، وان يضع[5] ، والوصي أمين من ذلك •

اما الايداع فلأنه من جملة الحفظ •

---

(١) هـ ك ف ج ل : ويصيروا •

(٢) ف : الموصي •

(٣) الزيادة من س ص ب • وفي ل : فانه ليس يخلفه عن الميت •

(٤) ف : الموصي •

(٥) س ك ل ب : ييضع (بياءين) ولعلها يتضع ، وما اثبتناه عن ف ج وعن سائر النسخ ، قال في المصباح : ووضعت عنه دينه اسقطته ، ••• وقيل وضع في تجارته وضيعة اذا خسر (المصباح المنير مادة وضع : ١٠٢٨/٢) ولعل الانسب هنا (يوضع) من اوضع قال الزمخشري : ووضع =

واما الايضاع فلأنه ايضاع[1] العين وأمر بالتصرف والوصى يملك كليهما ٠

[٨٨٩] قال :

وان كبر اليتيم فطلب ماله فقال الوصي ضاع ، فالقول قوله [٢٠٢ آ] مع يمينه ٠

لأنه أمين في حفظ ماله ، والقول فى الأمانة قول الامين مع اليمين ٠

[٨٩٠] قال :

وان قال:انفقت مالك عليك صدق الوصي في نفقة مثله في تلك المدة٠

لأنه متسلط[2] على الانفاق بنفقة مثله ، فكان أميناً ، فيقبل خبره ، الا أن يدعي شيئاً يكذبه الظاهر [فيه][3] ٠

وان اختلفا فى المدة ، فقال الوصي : مات ابوك منذ[4] عشرين سنة ، وقال الابن : مات ابي منذ خمس سنين فالقول قول الابن فى ذلك ٠

ولم يذكر في الكتاب فيه خلافا ٠

وكذا لم يذكر الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني فى شرح هذا الكتاب خلافا ٠

=

فى تجارته واوضع ولا ازال اوضع فى تجاراتي (الاساس : وضع : ٢/١٠٢٧) وفي القاموس : ووضع في تجارته ضَعَةً وِضعَةً ووضيعة كعُني : خسر ، وكوجل يوجل واوضع بالضم : خسر فيها (قاموس : وضع : ٣/٩٨) ورجحنا الرباعي لانه سيستعمل مصدره الايضاع ٠

(١) ب هـ ل : فلأنه أيداع ٠

(٢) س : سلط ٠ ص مسلط ٠

(٣) س الزيادة م ل ٠

(٤) س : منذ عشر سنين ٠

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى فيه خلافا ، قال :

والمذكور فى هذا الكتاب قول محمد رحمه الله . اما على قول ابي يوسف رحمه الله فالقول قول الوصي ، ورد هذه المسألة الى مسألة اوردها في الجامع الصغير وههنا فى آخر الباب وهى مسألة جعل الآبق والاختلاف في الحاصل فى اربع مسائل :

احداها : هذه .

والثانية : اذا ادعى الوصى أن الميت ترك رقيقا ، فانفق عليهم الى وقت كذا ، ثم ماتوا ، وكذبه الابن ، قال ابو يوسف رحمه الله : القول قول الوصى ، وقال محمد رحمه الله ، وهو قول الحسن بن زياد : القول قول الابن واجمعوا ان العبيد لو كانوا موجودين للحال ، فالقول[1] قول الوصي .

والثالثة : اذا ادعى الوصي أن[2] غلامــاً لليتيم أبق ، وانه اعطى جعل[3] الذى جاء به اربعين درهما ، وانكر [الابن][4] الاباق ، فعلى قول ابي يوسف ، رحمه الله ، القول قول الوصي .

وعلى قول محمد رحمه الله ، وهو قول الحسن بن زياد ، القول قول الابن ، الا أن يأتي الوصي ببينة على ما ادعى من ذلك .

واجمعوا انه لو قال : استأجرت رجلا ليرده[5] ، فانه يصدق ؛ لأن الاستئجار من التجارة .

---

(١) س : كان القول قول

(٢) س : أن عبداً لليتيم .

(٣) س : اعطى الجعل للذى جاء به .

(٤) الزيادة من س هـ ل ص ب .

(٥) س : لرده .

والرابعة : مسألة ذكرها في آخر الباب [وهي ما][1] اذا قال الوصي : اديت خراج ارضك [٢٠٢ ب] منذ مات ابوك منذ عشرين سنة ، في كل سنة الف درهم ، وقال الابن : انما مات ابي منذ خمس سنين ٠

محمد رحمه الله يقول : الوصي يدعى في موت الاب تاريخا سابقا ، والابن ينكر ، فيكون القول قوله ، بخلاف ما اذا[2] كان العبيد موجودين في الحال ؛ لانه يستدل به على انهم كانوا موجودين قبل هذا ، فيكون القول قول الوصى ٠

وفي مسألة الاباق يدعي جناية على العبد والابن ينكر ، فيكون القول قوله ، بخلاف ما لو قال : استأجرت ؛ لأن الاستئجار من التجارة ، وهو مسلط عليه[3] فيكون القول قوله ٠

وابو يوسف رحمه الله يقول : الوصي أمين في ماله ، والأمين متى اخبر بخبر محتمل[4] للصدق ، وجب أن يقبل خبره ٠

وتحقيقه هو أن المدعى في الحقيقة يرجع الى ان الصبي يدعي على الوصي وجوب تسليم شيء[5] من المال ، والوصي ينكر ، فكان القول قوله٠

[٨٩١] قال :

ولو أن رجلا ادعى على ميت مالا ، وأحضر رجلا ذكر المدعى انه ابن الميت ووارثه لا وارث له غيره ، وذكر ان في يده مالا ورثه من ابيه ، وأن له على ابيه الف درهم ، فقال المدعى على ابيه المال : انا ابن

---

(١) الزيادة من ل ٠

(٢) هـ ل : ما لو كان ٠

(٣) س : عليها ٠

(٤) ب : يحتمل ٠

(٥) س : جزء من المال ٠

فلان بن فلان الفلاني ، وقد مات أبي ، ولا وارث له غيري ، وفي يدي مال ورثته من أبي ، ولا أعلم ان لهذا على ابي شيئاً ، واراد[1] المدعي استحلافه، كان له ذلك .

لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه أن يؤديه من تركة والده ، فاذا أنكر وجب أن يستحلف ، لكن يستحلف على العلم .

[٨٩٢] فاذا أقام المدعى بينة ان له على فلان بن فلان الفلانى الـف درهم ، وانه مات ، وانهم لا يعرفون هذا الرجل الذى حضر مع المدعي انه[2] فلان بن فلان الفلاني قال : فان القاضي يحكم عليه بالمال ، ويأمره بدفع المال الى الغريم الطالب بالبينة التى شهدت على الميت بالدين .

ولا يكون [٢٠٣ آ] هذا حكماً على الميت ، ولا على ورثته .

لأن كونه وارثـا لم يثبت بالبينة ، وانما ثبت باقراره[3] ، واقراره يصح[4] في حق نفسه ، ولا يصح فى حق الورثة ان كانوا ، وفى حق الميت .

وفائدة هذا انه لو جاء وارث آخر وأقام البينة انه وارث[5] الميت لا وارث له غيره ، فان القاضى يسلم[6] جميع ما في يد الاول اليه .

لأن الثابت بالاقرار لا يعارض الثابت بالبينة .

وكذا على هذا اذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت المورث ، وهـو

---

(١) ل : فأراد .

(٢) ف ج ص : انه ابن فلان بن فلان الفلاني .

(٣) ب : وانما ثبت باقراره يصح (بسقوط كلمة واقراره) .

(٤) س : صحيح فى حق نفسه .

(٥) س : انه ولد الميت ولا وارث له غيره .

(٦) س : يسلم ما فى يد الاول ...

كان معروفا صح اقراره في حق نفسه ، ولا يصح في حق غيره كذا هذا .

واذا[(١)] ثبت أن الثاني أولى به يأخذ المال كله من يد الغريم ، وهو على حجته ، يقيمها على الثاني ؛ لأنه ظهر ان الاول لم يكن خصما .

وعلل في الكتاب وقال :

لأن الخصم لا يكون عن الميت الا وارث[(٢)] او وصي ، وهذا لم يثبت انه وارث ، وانما حكمنا عليه بالمال الذي في يده باقراره انه وارث عن فلان .

[٨٩٢] قال :

وينبغي للقاضي ان يستحلف الطالب بالله ما قبضت هذا المال من الميت ، ولا من احد أداه اليك عنه ، ولا قبض لك قابض بأمرك ، ولا أبرأت فلانا منه ، ولا بشيء منه ، ولا أحلت بذلك ، ولا بشيء منه على أحد ، ولا عندك به[(٣)] ولا بشيء[(٤)] منه رهن[(٥)] . فان حلف على ذلك امر بالدفع اليه .

وكذلك[(٦)] دين كل واحد على رجل ميت ، فان القاضي يستحلف الطالب على ما[(٧)] قررنا ، نظرا للميت .

لما مر[(٨)] غير مرة .

---

(١) س : وكذا اذا ثبت .

(٢) ب : الا وارث وهذا لم يثبت .. (بسقوط كلمة أو وصي) .

(٣) (به) ليست في ف ج .

(٤) هـ : شيء .

(٥) ك : رهنا .

(٦) ل : وكذلك كل دين يثبت على رجل ميت .

(٧) س : على اقراره . ل : على ما فسرنا .

(٨) س : كما . ب : على ما مر .

[٨٩٣] قال :

وان قالت الورثة : لا نريد يمين الطالب ، ولا[١] نستحلفه ، فلا[٢] يلتفت القاضى الى ذلك ، ولا يدفع اليه شيئاً حتى يستحلفه •

علل في الكتاب فقال :

لأن اليمين ههنا ليست للوارث ، وانما هى[٣] لتركة الميت •

يريد به أن اليمين ههنا ليست حق الوارث ، وانما هى حق الميت ؛ لأنه قد يكون له غريم آخر يأتى ، او موصى له ، فالحق في [٢٠٣ب] هذا على تركة الميت • فعلى القاضى الاحتياط فى ذلك •

[٨٩٤] قال :

وان باع الوصي شيئا من تركة الميت بالنسيئة ، فان كان ذلك ضررا على اليتيم لم يجز ، وان لم يكن فيه ضرر بان كان لا يخشى عليه الجحود[٤] والمطل والمنع عند حلول الاجل يجوز •

ولهذا قال مشايخنا : اذا استباع رجل شيئاً من مال اليتيم بالف ، والآخر[٥] بالف ومائة والاول أملأ من الثاني ينبغي ان يبيع من الاول الذى لا يخشى عليه المنع والجحود[٦] عند الطلب •

---

(١) ل : فلا •

(٢) ف ل ب : لم يلتفت •

(٣) ب : وانما هى حق الميت (بسقوط العبارة : وانما هى لتركة الميت يريد به أن اليمين ههنا ليست حق الوارث) •

(٤) ل : الحجر •

(٥) ل : وآخر •

(٦) ل : الحجر •

وكذلك متولي الاوقاف .

وكذلك ان كان لليتيم دار فأراد رجل ان يستأجرها كل شهر بثمانية دراهم والآخر بعشرة ، والاول أملأ ، ينبغي ان يؤاجرها من الاول .

وكذلك متولي الاوقاف ، وجميع أمناء الاوقاف على هذا القياس .

[٨٩٥] قال :

وللوصي ان يوكل ببيع[١] مال اليتيم من رأى ، ويوكل في تقاضي ديون الميت وأمواله ، وله ان يتجر بماله ، ويتضع[٢] له ويودع[٣] ماله .

لأنه قائم مقام الاب ، والاب يملك هذه الاشياء ، فكذا الوصي .

[٨٩٦] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله : للوصي ان يعطى عن اليتيم زكاة الفطر .

وهو قول ابي يوسف .

وهذا استحسان .

والقياس : ان لا يعطي ، وهو قول محمد ، وزفر ، والحسن بن زياد رحمهم الله .

ولو اعطى من مال اليتيم ضمن .

وموضع المسألة كتاب الصوم .

[٨٩٧] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله :

ويضحي له اذا كان له مال .

---

(١) ل : في بيع .

(٢) س : ويتبضع . ب ص : ويبضع

(٣) ف : ويوضع له .

والكلام فيه كثير ذكرناه في مختصر أضاحي الزعفراني[1] .

والله اعلم بالصواب

* * *

(١) هـ : امالي الزعفراني · والزعفراني قال ابن الاثير : بفتح الزاي وسكون العين المهملة وفتح الفاء والراء المهملة هذه النسبة الى الزعفرانية قرية بقرب بغداد والى بيع الزعفران والى مذهب (اللباب ٦٩/٢) · وقد ذكر كثيرا من العلماء المنسوبين الى ذلك · والمقصود هنا هو محمد بن احمد بن محمد بن عبدوس ابو الحسن الدلال المعروف بالزعفراني له ذكر في الهداية ، حدث الخطيب عن ابي القاسم التنوخي عنه أنه قال قال لي التنوخي : كان ابو الحسن الزعفراني ثقة وكان يختلف الى ابي بكر الرازي ويأخذ عنه الفقه ، قال الخطيب : سألت ابا الحسن احمد ابن محمد الزعفراني (أي ابن المترجم له هنا) عن موت أبيه فقال مات في سنة ثلاث او اربع وتسعين وثلثمائة ، قال السمعاني كان فقيها صالحا · انظر الجواهر المضية : جـ ٢ ص ٦ رقم ١٥ ، الفوائد البهية : ١٥٥ ·

الباب الرابع والستون

في الرجل يوصى الى رجلين

[٨٩٨] قال :

ولـو أن رجـلا مات وأوصى الى رجلـين ، قال ابـو حنيفة ومحمد رحمهمـا الله : لا ينفرد كل واحـد منهما بالتصـرف ، بل يشترط اجتماعهما(١) .

وقال ابو يوسف رحمه الله : [٢٠٤ آ] ينفرد .

واجمعو انه(٢) ينفرد في اشياء ستة :

تجهيز الميت وتكفينه .

وقضاء الدين .

وتنفيذ الوصية في العين .

وعتق النسمة .

ورد الودائع والغصوب(٣) .

وشراء ما لا بد للصغير [منه](٤) من الطعام والكسوة .

ومن مشايخنا من زاد هذا الى التسعة .

ومنهم من زاد على اثنى عشر .

تمام(٥) هذا فى آخر الجامع .

[٨٩٩] ثم قال في الكتاب :

---

(١) ل : اجتماعهما في التصرف .

(٢) ل : على انه .

(٣) ص : والمغصوب .

(٤) الزيادة من س ص .

(٥) ب : تمام ذلك .

قال ابو حنيفة رحمه الله : ليس لأحدهما ان يعمل شيئاً .

ذكره[1] بلفظ العمل ، ولم يذكره بلفظ التجارة ، فهذا يدل على انه لا يملك احدهما من الاعمال شيئاً ، لكن يملك ما قلنا .

وكذا على هذا الاختلاف اذا أوصى أن يتصدق بكذا وكذا من ماله ، ولم يعين الفقراء ، او أوصى بشيء للمساكين ، ولم يعين مسكينا ، فان عين [شيئاً][2] ينفرد احدهما بالاجماع .

نص على هذا صاحب الكتاب .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

كان مشايخنا يظنون انه اذا اوصى بشيء من ابواب البر ان ينفرد احدهما بتنفيذ الوصية ، وليس كما ظنوا ، بل الجواب على الوجه الذى اورد صاحب الكتاب ، فينبغي ان يحفظ هذا من صاحب الكتاب .

وكذلك في حالة الحياة اذا وكل رجلين بأن يهبا هذا العين ، ولم يعين الموهوب له ، فان[3] عين ينفرد احدهما بالاجماع .

هذا[4] اذا اوصى اليهما جملة .

اما اذا اوصى الى احدهما اولا[5] ، ثم أوصى الى الآخر [فقد] قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني :

اختلف المشايخ فى هذا الفصل :

منهم من قال بانه ينفرد كل واحد بالتصرف ، وسوّوا بين هذا وبين الوكيل اذا وكل رجلا ببيع[6] شيء بعينه ، ثم وكل الآخر ببيع ذلك الشيء،

---

(١) ف س ك : ذكر ... ولم يذكر ...
(٢) الزيادة من ل .
(٣) ص : فان غيره ينفرد احدهما ... (وهو تصحيف) .
(٤) ك : كذا .
(٥) ف : اولى .
(٦) ف ج : يبيع شيئاً

فان كل واحد منهما ينفرد بالتصرف ، ولو كان وكلهما معا لا ينفرد احدهما بالتصرف •

ومنهم من قال : هذا على الخلاف •

وهكذا ذكر الشيخ الامام شمس الائمة[1] السرخسى رحمه الله [٢٠٤ ب] •

وفرق ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله بين هذا وبين الوكالة •

وكذلك[2] اذا خص نوعاً فقال لاحدهما : أنت وصيي في قضاء ما عليّ من الدين ، وقال للآخر : انت وصيي في القيام بأمر[3] مالي ، وما اخلف به بعدي ، وفي أمر ولدي ، فانهما [يصيران] وصيين في جميع الانواع عند ابي حنيفة رحمه الله •

وعند[4] ابي يوسف ومحمد رحمهما الله : يصير [كل واحد منهما][5] وصيا فيما اوصي اليه ؟ بناء على أن من أوصى الى رجل في نوع هل يصير وصيا في الانواع كلها ؟

فرق ابو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكالة •

اما الفرق الاول فهو[6] أن أوان وجوب الوصية ما بعد الموت سواء قدم وصيه هذا او وصيه ذلك، فصار أوان وجوبهما[7] ما بعد الموت، فصار الايصاء اليهما في وقتين متفرقين ايصاء[8] اليهما بعد الموت ، ولا كذلك التوكيل؛ لأن

---

(١) ل : شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي •

(٢) ف : ولذلك •

(٣) ص : بامره الي (وهو تصحيف) •

(٤) ص : وعندهما •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) ف ج : هو أن

(٧) س ب : وجوبها •

(٨) ف ج ب : ايضا (وهو تصحيف) •

أوان وجوبه أوان التوكيل ، ووقت التوكيل متفـرق ، فـلم يكن هذا توكيلا لهما .

واما الفرق الثاني فهو ان الولاية الثابتة[1] بالايصاء لاتحتمل الوصف بالتجزي ؛ لأن الوصى قائم مقام الموصي ، وكانت[2] ولاية الموصي غير محتملة للوصف بالتجزي ، فكذلك ولاية الوصي ، ولا كذلك الوكالة ؛ لأن التوكيل انابة ، وقد انابه في تصرف ، فلا يتعدى عن ذلك الى غيره .

[٩٠٠] قال :

ولو أوصى الى رجلين ، فمات احدهما ، ولـم يوص الى الآخـر ، فان[3] على قول ابي حنيفة ومحمد ليس للوصي الآخر[4] أن يعمل شيئاً حتى يرفع [الامر فيه][5] الى الحاكم ، فان راى[6] ان يجعله وصيا وحده فعل ، وان رأى أن يضم اليه رجلا آخر مكان الميت فعل .

لأن الميت رضى[6] برأيهما دون رأي أحدهما .

اما على قول ابي يوسف فينفرد الحي منهما بالتصرف كما في حالة الحياة .

وقال ابن ابي ليلى :

لا يكون للقاضى أن يجعل هذا الوصي الحي وصيا [٢٠٥آ] وحده ، ولو فعل لا يملك التصرف وحده .

وهكذا روى عن ابي حنيفة في النوادر .

---

(١) هـ س : الثانية .
(٢) ب : وكان .
(٣) ص : فان قول .
(٤) ص : الاخير
(٥) الزيادة من ل .
(٦) ف : فاذا رآه . ص ك : فان رآه
(٧) ص : وصى برأيهما .

لأن الميت لم يرض برأيه وحده في التصرفات[١] ، فلا يجوز له أن يتصرف الا بمظاهرة الآخر معه .

وجه ظاهر الرواية : أن القاضى لو رأى[٢] الصلاح ان يخرج هذا من الوصية ، وينصب[٣] وصيا آخر جاز . فاذا رأى الصلاح ان يجعله وصيا وحده وجب أن يجوز .

وجنس هذه المسائل على هذا الخلاف ثلاث مسائل .

احداها : هذه .

والثانية : اذا أوصى الى رجلين ومات فقبل احدهما الوصية ، ولم يقبل الآخر ، او مات احدهما قبل موت الموصي وقبل الآخر :

عند ابي حنيفة ومحمد [رحمهما الله] لا ينفرد هذا القابل بالتصرف .

وعند ابي يوسف [رحمه الله] ينفرد[٤] .

والثانية : اذا أوصى الى رجلين ففسق احدهما فان القاضى[٥] ان شاء اطلق الثاني[٦] ان يتصرف وحده وان شاء ضم اليه وصيا آخر ، واستبدل[٧] بالفاسق العدل ، ولا[٨] ينفرد بالتصرف عند ابي حنيفة ومحمد ، وعند ابي يوسف ينفرد .

[٩٠١] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله : لأحد الوصيين أن يقضى ما على الميت من

---

(١) التصرفات كذا فى ص ج ب س هـ ل م . وفى الاصل ك : التصرف . وقوله : (وهكذا روى عن ابى حنيفة فى النوادر لان الميت لم يرض برأيه وحده) ليس فى ف ج هـ .

(٢) ل : لو راى ان يخرج .

(٣) ف ج : وينصب آخر (بسقوط لفظة وصيا) .

(٤) ل : ينفرد بالتصرف .

(٥) ل : فالقاضي .

(٦) ل : للثاني .

(٧) ك هـ ل ب ف ج : واستبدل الفاسق بالعدل .

(٨) حاشية س : والعدل لا ينفرد .

دين[1] •

لما قلنا ان هذا من جملة الستة التي ينفرد[2] بهـا ، وليس لـه أن يقضي[3] شيئاً[4] الا بأمر صاحبه من دين الميت ؛ لان هذا من باب الامانات ، والميت رضي بأمانتهما •

[٩٠٢] قال :

ولو أن رجلا مات وعليه ديون ، وله أموال ، وترك ورثـة فاقام رجل شاهدين انه أوصى اليه والى فلان الغائب فان القاضي يقبل ذلك منه •

لأنه أقام البينة على حقه ، وحقه متصل بحق الغائب ، فانتصب خصماً عن الغائب ، فصارا وصيين ، فلا يكون لهذا الحاضر ان ينفرد بالتصرف مالم يحضر الغائب ، الا في الاشياء الستة •

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله •

اما على قول ابي يوسف رحمه الله [فان][4] هذا الحاضر [٢٠٥ب] اقام البينة على حقه وحق الغائب ، وحقه غير متصل بحق الغائب ، فـلا ينتصب خصماً عن الغائب ، فيثبت حقه دون حق الغائب ، فكان لهذا الحاضر أن يتصرف وحده •

ثم [اذا][5] حضر الغائب فالمسألة على وجهين :

اما ان ادعى انه وصي معه •

---

(١) ل : من الدين •

(٢) س : التي ينفرد كل واحد منهما وليس ••

(٣) ب ل س : يقبض • (وهو تصحيف) •

(٤) س : شيئاً من دين الميت الا بأمر صاحبه •

(٥) الزيادة من ل •

(٦) الزيادة من س ل ب •

او جحد ان يكون وصيا معه •

ففي الوجه الاول عند ابي حنيفة ومحمد لم يكلفه[1] القاضى اعادة البينة ، وعند ابي يوسف يكلفه[2] ؛ لأن بينة الحاضر ما سمعت على وصيته •

وفي الوجه الثاني : كان الرأي الى القاضي ، ان شاء ادخل معه رجلا[3] مكان الغائب ، وان شاء جعله وصيا وحده ، فيفعل ما هو الاصلح والأنظر والانفع[4] للميت •

والله تعالى اعلم بالصواب

* * *

(١) ل : لايكلفه

(٢) ل : يكلفه اعادة البينة •

(٣) ص : رجلا آخر مكان الغائب •

(٤) قوله (والاتقع) ليس فى ف ج س وفى ص سقط قوله (للميت) منها •

الباب الخامس والستون

في الرجل يوصي الى من لا تجوز اليه الوصية[1]

[٩٠٣] قال :

ولو أن مسلماً أوصى الى ذمي ، لم تجز الوصية ، واخرجه القاضي من الوصاية ، وجعل[2] وصيا مكانه •

يريد بقوله : لا[3] تجوز الوصية انه[4] لا تقر عليه[5] ، ويخرجه القاضى من الوصاية ، فانه قال في الكتاب : وأخرجه القاضى من الوصاية[6] • والاخراج للداخل يكون •

وكذا قال في كتاب القسمة : اذا كان فى التركة خمر ، فقسم الوصى الذمي الخمر صح ، لكن القاضى يخرجه من الوصاية •

لأنه بعقد الوصاية [لـــه][7] يثبت له الولايـة عـلى الميت والورثة والتركة ، ولا يجوز أن تثبت[8] الولاية للكافر على المسلم •

[٩٠٤] قال :

وكذلك اذا أوصى الى عبد، أو صبي، أخرجهما القاضى من الوصاية،

---

(١) س ل : الوصية اليه •

(٢) س : ويجعل • وفى ل : وجعله مكانه وصيا •

(٣) ب : لم تجز • •

(٤) ف ج هـ ل : لانه لايقر • ص : معناه انه لا تقر عليه •

(٥) س : لا يقر عليها •

(٦) ف ج : من الوصية •

(٧) الزيادة من س •

(٨) س ل : ان تثبت للكافر على المسلم ولاية •

وجعل مكانهما وصيا للميت •

لأن العبد مشغول بخدمة المولى ، والصبي لا يهتدي الى التصرف •

وهل ينفذ تصرفهما قبل ان يخرجهما القاضى كما ينفذ تصرف الذمي قبل أن يخرجه القاضي ؟

أما تصرف العبد فينفذ[1] •

نص عليه صاحب الكتاب • [٢٠٦ آ]

وأما تصرف الصبي [فقد][2] اختلف المشايخ فيه :

منهم من قال: ينفذ ؛ لأن[3] الايصاء انابة مناب[4] نفسه في التصرف ، وانابة الصبي في التصرف صحيحة[5] ، ألا ترى انه لو وكله يصح تصرفه ، والدليل عليه أنه قال في الكتاب : أخرجه القاضى من الوصاية ، والاخراج للداخل يكون ، فاذا دخل نفذ تصرفه •

ومنهم من قال : لا ينفذ ، وهو الصحيح •

لأن هذا التصرف لا ينفك عن[6] الزام[7] العهدة ، ولا يمكن الزام العهدة على الميت ، ولا على الصبي ؛ لانهما ليسا[8] من أهل لزوم العهدة عليهما ، وبدون العهدة لا يمكن تنفيذ هذا التصرف ، بخلاف حالة الحياة ،

---

(١) ل : فانه ينفذ • ف : ينفذ

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ل : لان الميت بالايصاء اليه انابه مناب نفسه •

(٤) ف : فناب •

(٥) ف ك وسائر النسخ : صحيح • وما اثبتناه عن س •

(٦) ف ب : عند

(٧) في ك والنسخ الاخرى : التزام وما اثبتناه عن هـ ل •

(٨) ف ج ك : ليس •

لأنه[1] لا يمكن الزام[2] العهدة على الموكل ، وبخلاف العبد والذمي ؛ لانهما من أهل لزوم العهدة[3] •

[٥٠٩] قال :

ولو لم يخرج القاضى العبد والذمي والصبي من الوصاية حتى[4] اسلم الذمي ، واعتق[5] العبد ، وكبر الصبي ، فالذمي والعبد بقيا [على حالهما][6] وصيين ، ولا يخرجهما القاضى من الوصاية •

لأن المانع من التقرير[7] هو الكفر والرق وقد زال ، فلا يكون له حق[8] العزل •

واما في حق الصبي فاختلفوا فيه :

قال ابو حنيفة رحمه الله : لا يكون وصيا •

وقال ابو يوسف رحمه الله : يكون وصيا •

وهكذا في قول محمد رحمه الله ذكر بعد هذا فى مسألة من جنس هذه المسألة •

فأبو يوسف سوى بينه وبين العبد والذمي ، وأبو حنيفة فرّق •

والفرق أن الصبي ليس من أهل قول ملزم ، فلم يصح هذا التفويض اليه أصلا •

---

(١) ص : لانه يمكن (بسقوط الحرف لا) •

(٢) ف ك ج س ص م : التزام •

(٣) ب ص : لزوم العهدة عليهما •

(٤) ك : حتى لو اسلم •

(٥) ف ل : عتق •

(٦) الزيادة من س •

(٧) ب : التقدير •

(٨) ص : فلا يكون أحق بالعزل •

فأما[1] الذمي والعبد فمن أهل قول ملزم ، لكن في حق العبد امتنع لمانع ، وهو حق المولى[2] ، فاذا زال المانع وهو حق المولى كان وصيا .

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

هذه المسألة بهذا الاختلاف لا توجد في المبسوط ، وانما هي مستفادة من جهة صاحب الكتاب .

وذكر في كتاب الوكالة: ان من [٢٠٦ب] وكل صبيا بحال لا يعقل ، ثم صار بحال يعقل البيع والشراء قال : فانه[3] يصح ويصير وكيلا ، واختلف المشايخ فيه :

منهم من جعل ذلك قول ابي يوسف .

ومنهم من جعله[4] على الاتفاق .

فلو كان هكذا كان لابي حنيفة في هذا الفصل روايتان .

[٩٠٦] قال :

وان أوصى الى عبده ، فهذا على ثلاثة أوجه :

اما أن يكون الورثة كبارا كلهم[5] .

او بعضهم كبارا .

او صغارا كلهم .

ففي الوجه الاول والثاني لم تجز الوصية اليه بالاجماع .

---

(١) ص : واما العبد من أهل .

(٢) قوله : (وهو حق المولى) ليس في ف ج .

(٣) ب : بانه .

(٤) ك ب هـ : جعل . س : جعل ذلك .

(٥) قوله : (كلهم) ليس في هـ ل ص . وفي ص : اما ان يكون الورثة كبارا ، او صغارا ، او صغارا وكبارا .

لان العبد انتقل اليهم ، فتثبت لهم عليه ولاية ، فكيف يثبت للعبد عليهم الولاية بالوصية ؟

وفي الوجه الثالث : اختلفوا فيه .

قال ابو حنيفة رحمه الله : يجوز .

وقالا : لا يجوز .

وحق المسألة كتاب الوصايا .

[٩٠٧] قال :

فان أوصى الى مكاتب ، فالوصية جائزة .

لأنه بمنزلة الحر .

[٩٠٨] قال :

فان لم يوص[١] الى احد لكن قال : اذا ادرك ابني[٢] [فلان] فهو وصيي في كذا وكذا ، فعلى قول أبي حنيفة لا يكون وصيا اذا بلغ ، وعلى قول ابي يوسف يكون وصيا .

وهكذا قول محمد .

وهذه بناء على مسألة ذكرناها[٣] آنفاً ، وهو انه اذا أوصى الى صبي ، فبلغ الصبي ، فعند ابي حنيفة رحمه الله : لا يكون وصيا ، وعندهما[٤] يكون[٥] . فكذا هذا . واجمعوا انه[٦] لو قال : اذا حضر فلان ، وقبل

---

(١) ك هـ : فان اوصى الى احد لكن قال .

(٢) ف ج ب ل : ابن فلان . س : ادركني فلان فهو وصى . وما اثبتناه عن هـ ص .

(٣) ف ج: ذكرنا ايضا . س: المسالة المتقدمة وهى ما اذا اوصى.

(٤) ب هـ ص : وعنده يكون . ل : وعند ابي يوسف رحمه الله يكون .

(٥) هـ ص : يكون وصيا .

(٦) ل : على اله .

يكون وصيا •

[٩٠٩] قال :

وكذلك على هذا الاختلاف لو قال : أوصيت الى فلان هذا ، فاذا ادرك ابني[1] فلان ، وكبر ، فهو وصيي دون فلان ، او قال: هو وصي مع فلان ، فعند ابي حنيفة لا يكون الابن وصيا في شيء من ذلك ، وعندهما يكون وصيا على ما قال ، فان أفرده فهو مفرد[2] ، وان اشركه مع الآخر فهو[3] على ما جعله •

وكذلك لو وقف شيئاً وسلمه الى المتولى ، ثم قال : اذا ادرك ابني فهو المتولي فيه ، فقد روى بعض اصحابنا ، وهلال[4] في كتابه[5] عن ابي

---

(١) ج ل ف هـ : ابن •
(٢) ص : منفرد •
(٣) ص : فهو ما جعله •
(٤) هلال بن يحيى بن مسلم الرأى البصري ، ذكره صاحب الهداية في الوقف ، ويقع في بعض الكتب انه (رازي) وهو غلط • اخذ العلم عن ابى يوسف وزفر ، وروى الحديث عن ابى عوانة وابن مهدى ، وروى عنه بكار بن قتيبة ، وعبدالله بن قحطبة ، والحسن بن احمد بن بسطام ، وانما لقب بالرأي لسعة علمه وكثرة فقهه وبذلك لقب ربيعة شيخ مالك ايضا • له مصنف فى الشروط ، وكان مقدما فيه ، وله احكام الوقف ، وكتاب المحافرة ، وكتاب الحدود وكان ينزل البصرة وبها توفى سنة خمس واربعين ومائتين •انظر الجواهر المضية : ٢/٢٠٧ رقم ٦٤٧ ، الفهرست لابن النديم : ٣٠٢ ، الفوائد البهية : ٢٢٣ ، طبقات الفقهاء المنسوب لطاش كبرى زادة : ٣٣ ، تاج التراجم : ٨٠ رقم ٢٤٦ ، طبقات ابن الحنائي الورقة ١١ آ ، وقد مر له ذكر فى الجزء الاول من هذا الكتاب ص ١٦–١٧، وانظر بروكلمان : تاريخ الادب العربي المترجم ٣/٢٥٨ •
(٥) قوله : كتابه ، قلت هو كتابه فى الوقف الذى يسمى باحكام =

يوسف انه[1] ايضا يصح ٠

ولو أن رجلا مات ولم يوص الى أحد ، وله أولاد صغار ، وله أب ، كان ابوه بمنزلة الوصي في جميع ماترك الميت ٠

لأن الجد قائم مقام الاب عند عدم الاب ، فكان له حق التصرف والحفظ ، وكل ذلك اليه ٠

[٩١١] قال :

فان كان الميت أوصى بشيء كان للاب ان ينفذ وصاياه ٠

ولو مات وعليه ديون كثيرة ، وله ورثة صغار ، وترك[2] متاعاً وعقارا ، لم يكن للاب[3] أن يبيع شيئاً من تركة الميت ٠

والفرق بينهما : ان تنفيذ الوصية انما كان لحق الميت ، وهو نائب عنه ، والبيع انما كان لحق الغرماء ، وهو ليس بنائب[4] عن الغرماء ٠ اشار اليه في الكتاب فقال : لأن ذلك للغرماء ٠ فرق بين الجد وبين وصي الاب ، فان وصي الاب يملك بيع التركة لقضاء الدين ، وتنفيذ الوصايا ،

=

الوقف والذى يعتبر هو واحكام الاوقاف للخصاف اشهر كتابين الفا في الوقف وقد اختصرا وترتبا انظر ص ١٦ ــ ١٧ من الجزء الاول من كتابنا هذا ولكتاب احكام الاوقاف لهلال نسخ مخطوطة كثيرة جدا ذكرها بروكلمان : تاريخ الادب العربى (الترجمة العربية ط ١) ٢٥٨/٣ ، وقد نشر في حيدر آباد ١٣٥٥ ٠

(١) س ف ب : انه يصح ايضا ٠

(٢) ف : او ترك ٠

(٣) (لم يكن للاب) كذا في ص ك س ، وفى ف ج ل : لم يكن للجد ٠

(٤) ص : بنائب للغرماء ٠

والجد لا يملك بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا •

وينبغي ان يحفظ هذا من صاحب الكتاب •

لأن محمدا رحمه الله لم يذكر في المبسوط على هذا البيان ، فانه[1] اقام الجد مقام الاب ، فانه قال :

اذا ترك وصيا وأبا ، فالوصي اولى ، فان لم يكن فالاب اولى ، فان لم يكن ••• وهكذا[2] ، الى ان قال : فوصي الجد ، ثم وصي[3] القاضي •

وصاحب الكتاب بيّن ، قال :

ولو أن رجلا له ابن لم يدرك ، اذن له في التجارة ، واستدان دينا ، ومات الابن ، وترك متاعاً وعقارا ، والدين محيط بالتركة ، لم يكن لأبيه أن يبيع شيئاً مما ترك •

لأنه مشغول بحق الغرماء ، فلا يملك البيع الا برضى الغرماء •

[٩١٢] قال :

وكذا[4] العبد المأذون له في التجارة اذا لحقه دين ، ثم حجر عليه ، أو مات ، فليس لمولاه عليه ولا على ما بيده[5] سبيل ، حتى يبيعه ؟

لأنه مشغول بحق الغرماء ، فلم يكن لـه ولايـة البيع ، لكن يبيعه القاضي للغرماء •

والله تعالى اعلم بالصواب

* * *

---

(١) ك : فانما قام •

(٢) س : فان لم يكن هكذا •

(٣) ك : ووصي

(٤) هـ : وكذلك •

(٥) ف : ولا على ما يبيع سبيل •

الباب السادس والستون

في ما [لا][1] يجوز من فعل الوصي فى مال اليتيم

[٩١٣] قال :

وليس للوصي ان يشتري لنفسه شيئاً من تركة الميت ، وان اشترى شيئاً نظر القاضى في ذلك .

وجنس هذه المسألة ثلاث :

احداها : في الأب .

والثانية : في الوكيل .

والثالثة : فى الوصي .

اما الأب فله ان يشتري لنفسه شيئاً[1] من تركة الميت ، اذا لم يكن فيه ضرر لليتيم[2] ، بان كان بمثل القيمة .

وليس للوكيل بالبيع أن يشتري لنفسه .

واما في الوصي فاذا لم يكن فيه خير لليتيم فلا يجوز . واذا كان فيه خير[3] له اختلفوا فيه .

قال ابو حنيفة رحمه الله ، وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف : [يجوز][4] .

---

(١) الزيادة من س ل ص .

(٢) س : شيئاً لنفسه .

(٣) س : اليتيم . ل : على اليتيم

(٤) ف ج ب : خير اختلفوا (بسقوط له) .

(١) الزيادة من ب ل هـ س .

وقال محمد ، وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف[1] ، مذكورة ههنا[2] : لا يجوز[3] .

وقد ذكرنا هذه المسائل في شرح الزيادات .

ثم قال في الكتاب :

اذا كان خيرا لليتيم ، ولم يذكر تفسيره .

وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله ، في شرح هذا الكتاب وقال :

اذا اشترى شيئاً لنفسه من مال اليتيم ما يساوى عشرة بخمسة عشر[4] فصاعدا ، فهو خير لليتيم ، وما دونه فلا ، واذا باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر فصاعدا بعشرة ، فهذا[5] خير لليتيم ، وما زاد عليه فلا .

[٩١٤] قال :

وكذلك اذا كانا وصيين ، فباع احدهما شيئاً ، واشتراه الآخر ، لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله ، ويجوز[6] عند ابي يوسف رحمه الله اذا لم يحاب فيه .

---

(١) قوله : (يجوز وقال محمد وهو احـدى الروايتين عن ابى يوسف) ليس فى ف ج ص .

(٢) قوله : (مذكورة ههنا) ليس فى ب .

(٣) ل ص : انه لا يجوز .

(٤) س : بخمس عشرة .

(٥) ب : فهو خير .

(٦) ب س ف ج ل : ويجوز فى مذهب أبى يوسف .

لأن عند ابي يوسف احد الوصيين[١] ينفرد بالتصرف فصار البيع منه كالبيع من الاجنبي ، ولو باع من الاجنبي بمثل القيمة جاز فكذا ههنا •

وعند ابي حنيفة رحمه الله : احد الوصيين[٢] لا ينفرد بالتصرف مع الاجنبي ، فكذا مع صاحبه •

فان قيل : لو باع من الاجنبي فرضي به صاحبه جاز وههنا لما قبله صاحبه ، فقد رضي به ، فوجب أن يجوز •

قيل له : رضاه انما يعتبر في المعاملة مع الغير ، اما المعاملة[٣] مع نفسه فلا ، فبقي هذا تصرف احد [٢٠٨ آ] الوصيين ، وهو لا ينفرد به عند ابي حنيفة رحمه الله •

[٩١٥] قال :

وليس للوصي أن يقرض مال اليتيم[٤] ، وان[٥] أقرض كان ضامنا ، فرق بينه وبين القاضي •

والفرق : أن القرض تبرع في الحال ، معاوضة في المآل ، فاعتبر في حق القاضي معنى المعاوضة في المآل ؛ لأن القاضي قادر على الاستخراج ، والقاضي يملك المعاوضة في مال اليتيم ، واعتبر في حق الوصي معنى التبرع للحال ؛ لأنه لا يقدر على الاستخراج[٦] •

---

(١) ف ج ك : لان عند ابي يوسف في احدى الروايتين ينفرد • ص ل : لان عند ابي يوسف احد الوصيين ينفرد احدهما بالتصرف •

(٢) ف : احد الوقتين لا يتصرف •

(٣) ص : اما في المعاملة •

(٤) س : مال اليتيم قال وان أقرض

(٥) هـ : فان

(٦) من قوله : (في مال اليتيم واعتبر في حق الوصي •••) الى هنا ليس في هـ •

[٩١٦] قال :

ولا يجوز اقرار الوصي بدين على الميت ، ولا بوصية أوصى بها[(١)] لانسان ، ولا بشيء مما في يديه من تركة الميت ، ان[(٢)] ادعى انسان فأقر [به][(٣)] الوصي له ، فان اقراره باطل .

اما الاقرار بالدين فلأن هذا اقرار الغير على الغير ؛ لأنه اقرار الوصى على الميت ، وانه[(٤)] اقرار الغير على الغير فلا يصح .

واما الاقرار بالوصية ، وبشيء مما فى يديه ، فلأنه اقرار على الوارث فلا يصح ، ومتى لم يصح الاقرار كان شاهدا ، فاذا شهد مع آخر صح على معنى الشهادة ، أو يكون هو[(٥)] وارثا ، فيصح[(٦)] اقراره ، ويستوفي من نصيبه[(٧)] .

ولو كان الميت اقر عنده بدين ، فان كان الوصي عالما ينبغي ان يقول للموصي : احضر شاهدين ، واشهدهما[(٨)] على قولك ، أو أحضر شاهدا فاشهده على قولك ، حتى اذا مات ، وجاء الغريم يشـــهد لـــه[(٩)] مع هذا الوصي للغريم ثم يقضيه[(١٠)] الوصي فلا يضمن .

---

(١) ب ص : اوصى بها الميت ولا بشيء .
(٢) س : اذا . ف ج : بأن .
(٣) الزيادة من س هـ ل ص ب .
(٤) ف : وان أقر الغير على الغير . وفى س : واقرار الغير لا يصح.
ص : وان اقرار الغير على الغير .
(٥) س : هذا وارثـا .
(٦) ف ك ج : يصح .
(٧) س : ويستوفى من مال نفسه . ف ج م : من نفسه .
(٨) قوله : (واشهدهما) ليس فى ص .
(٩) ف ب : به .
(١٠) ف ج ب : يقبضه . ص يقتضيه .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فاذا لم يكن[1] عالما ، ويجهل[2] ماذا يصنع الوصي[3] ، [فقد] اختلف المشايخ[4] من المفتين[5] على خمسة أقوال :

منهم من قال : ينبغي له ان يجيء الى القاضي ، ويقول له : أقسم انت الميراث بين الورثة ، حتى اذا ظهر[6] الدين بالبينة ، لا يكون للغريم أن يخاصمني ، ولا يرجع بالعهدة والضمان علي .

ومنهم من قال[7] : يدفع الى المقر له سرا حتى[8] لا تعرفه الورثة فيضمنونه .

ومنهم من [٢٠٨ ب] قال: ينبغي[9] أن يجعل من التركة مقدار الدين في صرة[10] ، ويضعها[11] بين يديه ، ويبعث الى الغريم ليجيء[12]

---

(١) ص : فاذا لم يكن الوصي عالما .

(٢) ب : وتحمل ماذا ، ف : ويجهل ما يصنع .

(٣) ص : الوصي للغريم .

(٤) س هـ : اختلف المشايخ فيه من ...

(٥) س : من المتقدمين .

(٦) ف ج : حتى يظهر . ب : حتى اظهر .

(٧) جاء في حاشية هـ هنا ما نصه : (حيلة اخذ الدين من التركة)

(٨) ك : بحق

(٩) ل : ينبغي له ان يجعل .

(١٠) ل : في مرضه . (وهو تصحيف) .

(١١) ف ج ك : ويضع . ص هـ ب : فيضع . ل : فيضعه .

(١٢) س : الى الغريم حتى يأخذها سرا او جهرا والوصي متغافل عنه .

ويأخذ[١] سرا او جهراً ، والوصي يتغافل ، فان علم الورثة يقول للورثة : خاصموه أنتم ، او اقيموا غيري[٢] لكي يخاصم به •

ومنهم من قال : ينبغي ان يجعل مقدار الدين من جنس الدين في صرة ، ويودعها[٣] الغريم ، فيأخذ[٤] الغريم الوديعة قصاصا بالدين •

ثم ان[٥] الوصي لا يضمن ؛ لأن له أن يودع ، ولا يخاصم في استردادها ، بل يفوض ذلك الى الورثة •

ومنهم من قال : يبيع بمقدار الدين شيئاً من التركة من الغريم ، ثم لا يخاصم الوصي ، ويحيل بالخصومة الى الورثة ، فيخاصمونه ، او يقيموا غيره ليخاصم[٦] •

[٩٧١] [قال] :

وليس للوصي ان يبرىء أحداً من غرماء الميت ، ولا يحط عنه شيئاً ، ولا يؤجله بما عليه •

لأن هذا تبرع في حق الغير ، فلا يصح •

وهذا كله في دين لم يجب بعقد الوصي •

اما في الدين الذى وجب[٧] بعقده ، فيصح[٨] الحط والتأجيل والابراء

---

(١) ل : فيأخذه • ص : فيأخذها •

(٢) س : غيري يخاصمه •

(٣) ف هـ ل : فيودع •

(٤) ك : فيأخذ فيذهب الغريم بالوديعة قصاصا • ل : فيأخذها الغريم فيذهب بالوديعة •

(٥) س : ثم لا ضمان • ف : ثم الوصي لا يضمن •

(٦) س : يخاصمه •

(٧) س : يجب بعقد الوصي فيصح •

(٨) ل : فانه يصح •

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند ابي يوسف رحمه الله لا يصح ٠
وهي[1] [من][2] مسائل كتاب البيوع ٠
[٩١٨] قال :
ولا يصالح احدا ٠
ومسألة الصلح على وجهين :
اما أن يصالح عن حق[3] الميت على انسان ٠
او يصالح عن دعوى الدين على الميت ٠
ففي الوجه الاول : المسألة على اربعة اوجه :
ان كان للميت بينة ٠
او كان من عليه مقرا ٠
او كان القاضي قضى له بذلك[4] ٠ لا يجوز ٠
لأن مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق ، فلا يجوز ٠
واذا[5] لم يكن له بينة وكان الخصم منكرا[6] ، ولم يكن القاضي قضى [بذلك][7] جاز ٠
لأن فيه تحصيل[8] بعض الحق لليتيم في حال لا يقدر على تحصيل

---

(١) هـ ب : وهو ٠

(٢) الزيادة من س ف ج هـ ب ٠

(٣) ل : عن دعوى حق الميت ٠

(٤) ذكر هنا ثلاثة اوجه ، والرابع سيذكره وهو اذا لم يكن له بينة ٠٠

(٥) ف ج م : وان ٠

(٦) ف هـ ب : ينكر ٠

(٧) الزيادة من ل ٠

(٨) ف ج : تحصيلا لبعض ٠

الكل • وهذا نفع لليتيم •

واما في الوجه الثاني فالمسألة[1] على ثلاثة أوجه :

ان كان للمدعي بينة •

او كان القاضي قضى له بحقه •

او لم يكن له بينة • [٢٠٩ آ] •

فان[2] كان له بينة ، او قضى له القاضي ، جاز[3] ؛ لأن فيه اسقاط بعض الحق عن اليتيم ، وهذا[4] انفع لليتيم •

وان لم يكن له بينة ، ولا قضى القاضي [له بحق][5] لم يجز ؛ لأن بنفس الدعوى لا يثبت شيء للمدعي ، فيكون الصلح تبرعا ، فلا يجوز من الوصي •

ونظير هذا السلطان اذا طمع في مال اليتيم فصانعه[6] الوصي ببعض مال اليتيم لدفع ظلمه [فانه][7] ينظر : ان أمكنه دفع الظلم من غير ان يعطي شيئاً لا يجوز له أن يعطي ، ولو[8] اعطى ضمن ، وان لم يمكنه ذلك الا بهذا جاز ، ولا يضمن [لما قلنا] •

والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) ف : المسألة •

(٢) س : ففي الوجهين الاولين يجوز لان فيه اسقاط •••

(٣) ص : فان كان جاز (بسقوط جزء من العبارة) •

(٤) ف : وهذا فيه نفع لليتيم •

(٥) الزيادة من س • وفى ل : ولا قضى القاضي له لم يجز •

(٦) ف ج : فصالحه •

(٧) الزيادة من ل •

(٨) ف س ج : وان

الباب السابع والستون

في ما يكون قبولا للوصية وما يكون رداً لها

[٩١٩] قال :

ولو أن رجلا أوصى الى رجل ، فقال الموصى اليه في وجه الموصي : لا أقبل هذه الوصية ، ثم مات الموصي ، فقال الوصي[١] بعد موته : قد قبلت الوصية ، او قال انا أقبلها الساعة ، فانه لا يكون وصيا •

لأنه لما رد [الوصية][٢] في وجهه[٣] ارتد الايجاب ، فبعد ذلك اذا قبل فقد قبل وليس ههنا وصية ، فلا يصح •

وكذا على عكس هذا لو قبل في وجهه ، ثم رده بعد موته لا يجوز رده •

لأنه [لما] قبل صحت الوصية اليه ، فلا يخرج عن تلك الوصية الا بعلم الموصي كما فى الوكالة •

فرق بين هذا وبين مسألة ذكرها فى آخر الباب ، وهى انه اذا اوصى له[٤] بشيء فرده فى وجهه فى حياته ، ثم قبل بعد وفاته ، او على العكس ، فان قبل في وجهه ، ثم رد بعد وفاته يصح •

والفرق ان في الايصاء اليه لما قبل اعتمد الموصي عليه ، فلو صح رده بعد وفاته فانه يتضرر به الموصي ، فانه لم يوص الى غيره ، ولو علم بذلك

---

(١) س : فقال الموصى اليه
(٢) الزيادة من ل •
(٣) ف ج ب : فى وجه الموصي
(٤) يقال : اوصى لفلان بكذا اى جعل له ذلك من ماله وذاك موصى له ، وأوصى الى فلان بكذا اى جعله وصيا وذلك موصى اليه (طلبة الطلبة ١٦٩) وهذا هو فرق ما بين المسالة الاولى والثانية ، فليتامل •

لكان يوصي الى غيره ، فأما في الوصية له فلو صح[1] له بعد موته لا يتضرر الميت •

وهذا الذى ذكرنا قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله •

واما عند زفر فهما سواء ؛ لما نبين •

[٩٢٠] قال : [٢٠٩ب]

ولو أوصى اليه وهو ليس بحاضر ، فبلغه ذلك في حياة الموصي ، او بعد وفاته ، فقال : لا أقبل ، ثم مات الموصي ، ثـم قبـل ذلـك [فانه][2] يجوز •

لأن الرد لم يصح من غير علم الموصي ، كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل • فاذا لم يرتد الايجاب وقبل ، صح القبول ، الا أن يكون يكون القاضى أخرجه من ذلك بذلك الرد ، فيكون خارجا من الوصية ، بعد ذلك ان[3] قبل لا يصح •

واختلف المشايخ فى تخريج هذا الحكم •

منهم من قال : انما كان لأن على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي ، فالقاضي متى اخرجه من الوصاية بذلك الرد ، فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ ، واليه ذهب الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله •

ومنهم من قال : لا حاجة الى هذا ، لكن انما كان لأن الوصاية لـو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ، ويصح الاخراج ، فهذا اولى • واليه ذهب الشيخ [الامام] شمس الائمة الحلوانى رحمه الله •

---

(١) ب ص : فلو صح الرد بعد موته لا يتضرر •

(٢) الزيادة من ل •

(٣) ل ب : وان •

[٩٢١] قال :

فان ارسل الموصى اليه الى الموصي رسولا برد الوصية ، او كتب اليه كتابا ، ان وصل ذلك الى الموصي صح الرد •

لأن الرد[١] بهذه الصفة بمنزلة الرد في وجه الموصي بالخطاب ، فتبطل ، فبعد ذلك اذا قبل لا يصح ، ولا يصير وصيا •

وان لم يصل اليه الكتاب ، ولم يبلغه الرسول الرسالة حتى مات ، ثم مات ، ثم قبل الوصية جاز قبوله وهو وصي •

لأنه لم يصح الرد ، فاذا[٢] قبل قبل والايجاب قائم[٣] ، فيصح •

[٩٢٢] [قال][٤] :

ولو كان قال الموصي اليه في وجهه : قد قبلت وصيتك ، ثم قال بعد ذلك فى غير وجهه : قد رددتها ، ولا أقبلها ، لم يكن ذلك ردا للوصية •

لما مرّ •

[٩٢٣] قال :

ولو أن رجلا أوصى لرجل بثلث ماله ، فقال في وجه الموصي : لا أقبل وصيتك ، او قال : قبلت[٥] ، ثم مات الموصي ، [٢١٠ آ] فذلك القول الذى كان من الموصى له في حياة الموصي من القبول والرد باطل • وله أن يقبل في الوجه الاول ، ويرد في الوجه الثاني •

---

(١) قوله : (لان الرد) ليس فى هـ ف ب •

(٢) س : فاذا قبل والايجاب قائم يصح • ل : فاذا قبل فقد قبل •

(٣) ص : والايجاب باق •

(٤) الزيادة من ص س •

(٥) من قوله : (ثم قال بعد ذلك فى غير وجهه •••) الى هنا ليس في هـ •

وهذا قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله •

وقال زفر : هما سواء • ولكن تكلموا في وجه التسوية :

مال صاحب الكتاب الى هذا[1] : انه اذا رد في وجهه ليس له ان يقبل بعد موته في المسألتين •

[ومنهم من مال[2] الى هذا : انه اذا رد في وجهه له أن يقبل بعد موته في المسألتين][3] •

وحق المسألة كتاب الوصايا •

[٩٢٤] قال :

ولو أن الموصى له لم يقل[4] في حياة الموصي : قبلت ، ولا قال : رددت ، حتى مات الموصى ، فقال بعد موته : قد[5] قبلت ، فليس له بعد هذا أن يرد ما أوصى له به[6] •

لأنه لما قبل تعلق به اللزوم ، فالتحق بالارث ، فلا يرتد بعد ذلك بالرد[7] •

والله اعلم بالصواب

★ ★ ★

---

(١) قوله (الى هذا) كذا في ك وسائر النسخ وقد سقطت من س•

(٢) هـ : قال

(٣) ما بين القوسين زيادة من هـ ص ب •

(٤) ل : لم يقل قبلت في حياة الموصي •

(٥) الحرف (قد) ليس في ف هـ ب •

(٦) (به) ليست في ف هـ ب •

(٧) (بالرد) سقطت من نسخة هـ •

الباب الثامن والستون

في اثبات الوكالة

[٩٢٥] [ذكر] عن عبدالله بن جعفر أن علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة ، وكان يقول : ان لها قُحَماً[١] يحضرها الشيطان ، فجعل الخصومة الى عقيل[٢] ، فلما[٣] كبر ورق[٤] حولها الي ، فقال

---

(١) ك : هجما • ص لقحما • ف كما • والقحم (بضم القاف وفتح الحاء) قال ابو زياد الكلابي (احد ائمة اللغة) : المهالك (السنن الكبرى: ٨١/٦) قال ابن الاثير في هذه المادة : ومنه حديث علي ان للخصومة قحماً هي الامور العظيمة الشاقة واحدتها : قحمة (النهاية في غريب الحديث والاثر : ١٩/٤) •

(٢) عقيل هو ابن ابي طالب اخو الامام علي رضى الله عنهما يكنى ابا يزيد تأخر اسلامه الى عام الفتح وقيل اسلم بعد الحديبية وهاجر في اول سنة ثمان ، وكان اسر يوم بدر ففداه عمه العباس ، ووقع ذكره في الصحيح فى مواضع ، وشهد غزوة مؤتة ولم يسمع له بذكر فى الفتح وحنين ، كأنه كان مريضا أشار الى ذلك ابن سعد لكن روى الزبير بن بكار بسنده الى الحسن بن علي ان عقيلا كان ممن ثبت يوم حنين ، وكان عالما بالانساب والمآثر والمثالب ، وكان سريع الجواب المسكت ، وكان قد فارق علياً ووفد الى معاوية في دين لحقه ، وكان ممن يتحاكم اليهم الناس في المنافرات ، مات فى خلافة معاوية قال ابن حجر : وفى تاريخ البخارى الاصغر بسند صحيح انه مات فى اول خلافة يزيد قبل الحرة انظر الاصابة: ٤٨٧/٢ رقم ٥٦٣٠ ، اسد الغابة : ٦٣/٤ـ٦٦ رقم ٣٧٢٦ ، طبقات ابن سعد : ٢٨/٤ ـ ٣٠ نسب قريش للمصعب الزبيري : ٣٩ ، الاستيعاب : ١٥٧/٣ ـ ١٥٨ •

(٣) ف : فلما رق وكبر ابي حولها • س : فلما كبر جعلها الي •

(٤) قوله : (ورق) ليس في ص ب ج •

علي رضى الله عنه : ما قضى لوكيلي فهو لـي ، وما قضى عـلى وكيلي فهو علي[1] •

هذا الحديث اورده محمد رحمه الله في كتاب الوكالة[2] أطول من هذا ، وانما أورد صاحب الكتاب ههنا بقدر[3] ما يحتاج اليه •

اشتمل هذا الحديث على فوائد :

منها : ان الأفضل للانسان ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مذهبنا ، وقول[4] عامة العلماء ؛ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

---

(٣) قوله : (وكيلي فهو علي) ليس في ف ج م ب • وحديث عبدالله بن جعفر ان علياً رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة ••• الى آخره رواه البيهقي عن ابي عبدالله الحافظ ، قال : سمعت ابا بكر محمد ابن احمد بن بالويه ، يقول : سمعت ابا بكر محمد بن اسـحق يقول : حدثنا ابو كريب ، ثنا عبدالله بن ادريس ، عن محمد بن اسحق ، عن جهم ابن ابي الجهم ، عن عبدالله بن جعفر قال : كان علي بن ابي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة ، فكان اذا كانت له خصومة وكّل فيها عقيل بن طالب ، فلما كبر عقيل وكلني ، ورواه بسند آخر بلفظ : اخبرنا ابو عبدالرحمن السلمي ، أنبأ ابو الحسن الكارزي ، ثنا علي بن عبدالعزيز ، ثنا ابو عبيد ، ثنا عباد بن العوام ، عن محمد بن اسحق عن رجل من أهل المدينة يقال له جهم عن علي رضي الله عنه انه وكل عبدالله بن جعفر بالخصومة ، فقال : ان للخصومة قحماً (السنن الكبرى ـ كتاب الوكالة : ٨١/٦) وانظر حول الحديث نصب الراية : (٩٤/٤) ، وفيه انه قـد صح ان علياً رضى الله عنه وكل عقيلا ، وبعدما أسن وكل عبدالله بن جعفر، وانظر الدراية : (١٧٤/٢ ضمن الحديث رقم ٨٣٨) •

(٤) قوله كتاب الوكالة : انظر كتاب الوكالة من مبسـوط السرخسي : جـ ١٩ ص ٣ وما بعدها •

(١) ف ج ل س : قدر وما اثبتناه عن ك وسائر النسخ •

(٢) ص : وهو قول •

« كفى بالمرء اثما أن لا يزال مخاصماً »[1] .
فقد ذم الخصومة[2] .

ولانه رب انسان يرى الحق[3] بصورة الباطـل ، والباطل بصورة الحق ، ومثل هذا المجلس [٢١٠ ب] يحضره[4] الشيطان على ما قال علي رضى الله عنه .

ومنها : أن التوكيل بالخصومة جائز[5] ، الا ترى ان عليا رضي الله عنه وكّل عقيلا ، وكان فطنا ذكيا فلما كبر وأسن فوض ذلك الى عبدالله ابن جعفر .

---

(١) حديث : « كفى بالمرء اثما ان لا يزال مخاصماً » رواه الترمذى في كتاب البر والصلة من سننه عن فضالة بن الفضل الكوفي ، حدثنا ابو بكر بن عياش ، عن ابن وهب بن منبّه ، عن ابيه ، عن ابن عباس ، قال : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كفى بك اثما ان لا تزال مخاصماً » (سنن الترمذى ٣/٢٤٢ رقم ٢٠٦٢) وفيه انه حديث غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه . ورواه الدارمي في مقدمة سننه بلفظ : اخبرنا احمد بن أسد ، ثنا عبثر ، عن برد بن سنان ، عن سليمان بن موسـى الدمشقي ، عن ابي الدرداء قال : لا تكون عالما حتى تكون متعلماً ، ولا تكون بالعلم عالما حتى تكون به عاملا ، وكفى بك اثما ان لا تزال مخاصما ، وكفى بك اثما ان لا تزال مماريا ، وكفى بك كاذبا ان لا تزال محدثا في غير ذات الله (سنن الدارمي : ١/٧٦ رقم ٢٩٩) وانظر الجامع الصغير : ٢/٩١ وفيه ان حديث الترمذي الذي رواه عن ابن عباس حديث ضعيف . وانظر التيسير بشرح الجامع الصغير : (٢/٢٠٨) والمبسوط : (١٩/٣) .

(٢) ص ب هـ س : فقد ذم المخاصمة .

(٣) ف هـ ب : يرى الحقوق .

(٤) ف : يصوره الشيطان .

(٥) ب ف : جائزة .

ومنها : ان التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم جائز[1] ، فان علياً رضي الله عنه لم يشترط رضى الخصوم[2] فيكون الحديث بظاهره حجة[3] لابي يوسف ومحمد على ابي حنيفة رحمهم الله ٠

وابو حنيفة[4] يقول : عندي التوكيل بغير رضى الخصم صحيح ، لكنه غير لازم ، حتى كان للخصم أن يطالب الموكل بالخصومة ، وليس في الحديث أن الخصوم طلبوا حضور علي رضي الله عنه ٠

والظاهر : انهم ما طلبوا[5] ؛ لأن عليا رضى الله عنه اعلم من غيره فكان اقدر على اقامة الحجة[6] ٠

[٩٢٦] ذكر حديث فاطمة بنت قيس[7] ، انها قالت : طلقني زوجي

---

(١) ف : جائزة ٠

(٢) س : الخصم ٠

(٣) س : الحديث هاهنا حجة ٠ ص : حجة لهما ٠

(٤) س : لكن ابو حنيفة يقول النوكيل عندي ٠

(٥) ف : لا يطلبونه ٠ س : لا يطلبون ذلك ٠ ل هـ ب : لا يطلبون لأن علياً ٠٠٠

(٦) قوله : والظاهر انهم ما طلبوا لان علياً اعلم من غيره فكان اقدر على اقامة الحجة قلت ذلك ما يؤيد رأي ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال السرخسي : « وبظاهره ـ اى الحديث ـ يستدل ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فى جواز التوكيل بغير رضا الخصم ؛ لان عليا رضى الله عنه لم يطلب رضا خصومه ، ولكن الظاهر ان خصومه كانوا يرضون بتوكيله لانه كان اهدى الى طرق الخصومة من غيره لوفور علمه ، وانما كان يختار عقيلا رضى الله عنه لانه كان ذكيا حاضر الجواب » (المبسوط : جـ ١٩/٣) ٠

(٧) فاطمة بنت قيس اخت الضحاك بن قيس كانت من المهاجرات الاول ، وكانت ذات جمال وعقـل وكمـال ، وفى بيتها اجتمع اصحاب الشورى عند قتل عمر بن الخطاب رضى الله عنه وخطبوا خطبهم المأثورة ، قال الزبير : وكانت امرأة نجود والنجود النبيلة ، وكانت عند ابي عمرو بن حفص بن المغيرة فطلقها فخطبها معاوية وابو جهم بن حذيفة ، فاستشارت =

ثلاثا ، ووكل[1] اخاه بنفقتي ، وخرج الى اليمن ، فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يجعل لي[2] النفقة ولا السكنى[3] .

في[4] الحديث دليل على جواز التوكيل .

ثم تكلم العلماء فى أن النبي صلى الله عليه وسلم لماذا لم يجعل لها النفقة والسكنى ؟

قال الشافعي[5] رحمه الله :

=

النبي صلى الله عليه وسلم فيهما فاشار عليها باسامة بن زيد فتزوجته ، وفي طلاقها ونكاحها بعد سنن كثيرة مستعملة ، روى عنها جماعة منهم الشعبي والنخعي وابو سلمة انظر اخبارها فى الاستيعاب : ٤/٣٧١ ، الاصابة : ٤/٣٧٣ رقم ٨٥١ ، اسد الغابة : ٧/٢٣٠ رقم ٧١٨٥ ، طبقات ابن سعد : ٨/٢٠٠ — ٢٠١ . وانظر كتب التخريج .

(١) س : ووكلت .

(٢) ب : الي . ل : لي السكنى ولا النفقة .

(٣) حديث فاطمة بنت قيس رواه مسلم والاربعة مطولا ومختصرا:

فقد رواه مسلم فى الطلاق عنها (صحيح مسلم : ٢/١١١٤ — ١١٢١ رقم عام : ١٤٨٠ — ١٤٨٢ رقم خاص ٣٦ — ٥٤) والترمذى في النكاح (سنن الترمذى : ٢/٣٠١ رقم ١١٤٤) والنسائي فى الطلاق (سنن النسائي : ٦/١٤٤ — ١٤٥) وابو داود فى الطلاق (سنن ابى داود : ٢/٢٨٥ — ٢٨٦ رقم ٢٢٨٤) وابن ماجة فى الطلاق (سنن ابن ماجة : ١/٦٥٦ رقم ٢٠٣٥، ٢٠٣٦) والامام مالك فى الطلاق : (الموطأ بشرح تنوير الحوالك : ٢/٣١) والدارمي فى الطلاق : (سنن الدارمي : ٢/٨٧ رقم ٢٢٧٩) والامام احمد : (المسند : ٦/٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤١٦) وانظر الدراية : (٢/٨٣ رقم ٦٠٩) ورواه الشافعي: (الام : ٥/٢١٧ — ٢١٨).

(٤) ل : وفى

(٥) قوله : قال الشافعي ... تجد قول الشافعي فى هذا الموضوع في كتابه الام جـ ٥ ص ٢١٨ وفيه خبر فاطمة .

انما لم يجعل لها [النفقة والسكنى][1] لانها كانت مبتوتة ، والمبتوتة لا تستحق النفقة •

وقال علماؤنا[2] رحمهم الله : لأنها كانت ناشزة تبذأ[3] احماء[4] الزوج ، وكانت لا تلزم بيت العدة ، بل تسكن[5] زمانا وتخرج زماناً ، والمعتدة اذا كانت لا تلزم بيت العدة لا تستحق النفقة ؛ لانها ناشزة ، والناشزة لا تستحق النفقة •

[٩٢٧] [قال][6] :

وقال ابو حنيفة رحمه الله : لا أقبل[7] الوكالة من حاضر صحيح

---

(١) الزيادة من هـ وفى ل : انما لم يجعل لها ذلك لأنها •••

(٢) ص : وقال علماؤنا رحمهم الله انما لم يجعل لانها كانت •

(٣) في ك وسائر النسخ : تبدوا (باثبات الف بعد الواو) ولعل ما اثبتناه هو الصواب ، قال الشافعي : « وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث فاطمة بنت قيس اذ بذت على اهل زوجها » (الام : ٢١٨/٥) ثم قال : « فاذا بذت المرأة على زوجها فجاء من بذائها ما يخاف تساعر بذاءة الى تساعر الشر ••• » وقال سعيد بن المسيب فيما يرويه الشافعي عنه : فتنت فاطمة الناس كانت للسانها ذرابة ، فاستطالت على احمائها فأمرها رسول الله (ص) ان تعتد فى بيت ابن ام مكتوم ••• (الام ٢١٨/٥) ، وبذأ وبذا (بالهمز وبدونه) من البذاء وهو الكلام القبيح (القاموس : بذأ وبذو ، ٨/١ ، ٣٠٤/٤) •

(٤) س هـ : اخا الزوج وفى ف ج : احمال •

(٥) ب : بل كانت تسكن •

(٦) الزيادة من ل ص •

(٧) ف ج ك هـ : لا أقبل من الوكالة

الا برضى الخصم[1] .

وهي مسألة معروفة في كتاب الوكالة ، أن[2] التوكيل من غير رضا الخصم صحيح بالاتفاق .

وهل تلزم ؟

عند ابي حنيفة رحمه الله : لا[3] ، الا بأحد[4] معان ثلاثة :

بأن يرضى الخصم .

أو يكون[5] مريضا ، [٢١١ آ] لا يستطيع معه الحضور[6] الى مجلس الحكم[7] .

أو يكون على مسيرة السفرة أدنى مدة السفر .

وعندهما تلزم .

ثم عند ابي حنيفة رحمه الله كما تلزم اذا كان على مسيرة سفر ، تلزم اذا كان يريد السفر .

لأن معنى الضرورة يجمعهما .

الا ترى انه كما يجوز من الاصول الاشهاد على شهادتهم[8] اذا كان[9] على مسيرة السفر يجوز عند ارادة السفر ، فكذا هنا .

---

(١) ف ل : خصمه .

(٢) ف ج ب الا أن التوكيل .

(٣) (لا) سقطت من ص

(٤) ف ج ب باحدى معان ثلاث .

(٥) ف ج : او يكون ضعيفا مريضا

(٦) ص : الخصومة

(٧) ك : مجالس الحاكم .

(٨) ب ف ج : شهادته

(١١) ص : اذا كان مسيره .

وهذا اذا صدق[١] خصمه انه يريد السفر •

أما اذا كذبه فماذا يصنع القاضى ، وبماذا يعرف القاضى ؟

قد مر[٢] هذا في باب ما ابيح للقاضي من الاجتهاد وغيره من الابواب•

[٩٢٨] قال :

وان ادعى رجل ان رجلا وكله بطلب[٣] كل حق لـه بالكوفة ، وبقبضه ، وبالخصومة[٤] فيه ، وجاء بالبينة على الوكالة ، والموكل غائب ، ولم يحضر الوكيل احدا الموكل قبله حق ، واراد أن يثبت الوكالة ، فان القاضى لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصما •

لأن المدعي أخبر بخبر محتمل ، فيظهر المخبر به في حقه ، وحق القاضى •

لأنه لا يكذبه •

اما اذا أراد الاثبات بالبينة ، فانما[٥] يقبل على خصم جاحد ليصير الجحود معارضا للدعوى ، فيحتاج الى البينة ، فلهذا لا يقبل القاضى البينة •

[٩٢٩] قال :

فان احضر رجلا يدعى عليه حقا للموكل ، والمدعـى عليه مقر[٦] بذلك ، او جاحد له ، فان القاضي يسمع من شهود الوكيل على الوكالة ، وينفذ له الوكالة •

---

(١) س ف : صدقه •

(٢) ل : وقد مر • ف : فذكر هذا •••

(٣) ف ك : لطلب •

(٤) ف ج ب ص : والخصومة •

(٥) ل : فانه انما • ك ف : انما

(٦) ص ف ب : بذلك مقر • ل : مقربه او منكر له •

لأن البينة قامت على خصم حاضر فتقبل •

[٩٣٠] قال :

فان أحضر غريما له يدعي عليه حقاً للموكل لم[١] يحتج الى اعادة البينة على الوكالة ، ويحكم له القاضى بالوكالة على كل خصم يحضر[٢] يدعي قبله حقاً للموكل •

لأن القاضي قضى بالبينة الاولى[٣] بالوكالة عاماً •

لأن[٤] القاضى انما يقضى على حسب ما شهد به الشهود ، والشهود شهدوا بالوكالة [٢١١ ب] عاماً[٥] ، فالقاضي قضى[٦] بذلك ، فلا يحتاج الى اقامة[٧] البينة على كل غريم[٨] •

[٩٣١] قال :

ولو كان وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه لم يسمع القاضى من شهوده على الوكالة الا بمحضر[٩] من ذلك الرجل •

لأن خصمه ذلك الرجل[١٠] ، لأنه وكله بالخصومة معه ، والوكالة مما تقبل التخصيص •

---

(١) ل : فانه لم يحتج •

(٢) ب ص : يحضره ويدعي

(٣) ب : الاول

(٤) ف : قالوا لأن القاضي •

(٥) ف : بالوكالة اولا •

(٦) س ك ل : يقضى كذلك •

(٧) ل س ب : الى اعادة البينة •

(٨) س : على كل غريم يطالب

(٩) س : الا بحضرة •

(١٠) قوله : (لان خصمه ذلك الرجل) ليس فى هـ •

[٩٣٢] قال :

ولو أن الموكل حضر ليوكل عند القاضى هذا الوكيل [و][1] قال : قد وكلت هذا الوكيل بطلب كل حق لي بالكوفة [و][2] بالخصومة في ذلك ، وليس معهما[3] احد للموكل قبله حق ، فان كان القاضي يعرف الموكل[4] ، ويعلم انه فلان بن فلان الفلاني قبل القاضي وكالته ، وانفذها للوكيل ، فان احضر الوكيل[5] أحداً يدعي عليه حقاً للموكل ، وقد غاب[6] الموكل كان[7] الوكيل خصماً له .

لأن القاضي يعرف أنه[8] لمن يقضي ، فيقبل منه الخصومة .

[٩٣٣] قال :

فان كان القاضى لا يعرف الموكل لا[9] يقبل الوكالة .

لأنه لو قبلها[10] لا يمكنه القضاء بخصومة هذا الوكيل ، لأنه اذا لم يعرف الموكل لا يعرف انه لمن يقضى ومعرفة المقضى له شرط جواز القضاء .

---

(١) الزيادة من ف ج م وفى ص : قال وقد وكلت .

(٢) الزيادة من س ص هـ .

(٣) ص : معهم .

(٤) ف ج ك : الوكيل .

(٥) ف ج ك : للوكيل ، وقد سقطت من ل .

(٦) ل : وقد مات الموكل .

(٧) هـ : فان الوكيل خصم

(٨) ف ج م : يعرف انه لم يخصص لمن يقضى عليه .

(٩) ل : فانه لا يقبل .

(١٠) ف هـ ب : لو قبل .

[٩٣٤] قال :

فان قال الموكل : انى[١] أقيم البينة انى فلان بن فلان لتقضي بوكالتي لهذا الرجل ، فان القاضى لا يسمع شهوده[٢] .

لأنه ليس معه[٣] خصم حاضر فلا تقبل البينة على ذلك .

[٩٣٥] قال[٤] :

فان غاب الموكل ، ثم ان الوكيل حضر[٥] الى القاضى ، ومعه رجل يدعى عليه حقا للموكل ، كلفه القاضى أن يأتى بشهود يشهدون أن الذى وكله فلان بن فلان الفلاني ، فاذا احضر بينة[٦] على ذلك انفذ له القاضى الوكالة ، بطلب كل حق للموكل بالكوفة .

لأن البينة قامت على خصم ، فتقبل ، فاذا قبل عرف انه لمن يقضى .

[٩٣٦] قال :

فان أراد الوكيل من القاضى فى هذه الوجوه ان يصحح عنده الوكالة ويثبتها بالبينة[٧] ، ويأخذ كتاب القاضى الى قاض [٢١٢ آ] آخر قبلت[٨] بينته على غير خصم ، وكتب له بذلك الى قاضٍ آخر .

---

(١) ب ص : أنا .

(٢) ص : من شهوده

(٣) ل : معهم .

(٤) قوله : (قال) ليس فى س .

(٥) ب : حضر القاضي .

(٦) حدث فى نسخة (ص) خرم ذهبت به كلمة (بينة) وذهب تحتها خمسة اسطر بمقدار ثلاث كلمات فى كل سطر .

(٧) ف ل : بالبينات .

(٨) هـ : قبل . ل : فانه تقبل .. ويكتب .

لأن حضرة الخصم ليست بشرط لقبول البينة لأجل الكتاب ، كما[(١)] لو قامت على مال[(٢)] .

[٩٣٧] قال :

[وقال[(٣)]] ابو حنيفة رحمه الله :

لو أن رجلا وكل رجلا بقبض حقوقه قبل رجل كان الوكيل بالقبض وكيله[(٤)] بالخصومة ، ان جحد المطلوب ذلك الحق[(٥)] ، فللوكيل ان يقيم البينة .

وكذلك ان أثبت[(٦)] الحق على المطلوب ، فقال المطلوب : دفعت هذا الحق الى الطالب ، فأقام المطلوب بينة على ذلك ، تقبل بينته على هذا الوكيل.

وعند[(٧)] ابي يوسف ومحمد رحمهما الله : الوكيل بقبض الدين لا يكون وكيلا بالخصومة .

وهذا[(٨)] قول زفر رحمه الله .

وذكر صاحب الكتاب بعد هذا [فقال][(٩)] :

---

(١) هـ : كما قامت .

(٢) ل : على المال .

(٣) الزيادة من س .

(٤) س : وكيلا .

(٥) عبارة : (ذلك الحق) ليست في ل .

(٦) ف ج ك : ثبت .

(٧) ص : وعندهما .

(٨) ل ص : وهو قول .

(٩) الزيادة من ل .

واجمعوا أن[١] الوكيل بقبض العين لا يكون[٢] وكيلا بالخصومة ، حتى لو ادعى المودع ان المودع وهب[٣] منه ، او تصدق عليه ، او باعه منه ، واراد اقامة البينة على الوكيل فانه لا يقبل [ذلك][٤] .

فأما الوكيل بالخصومة فى الدين او فى العين اذا خاصم فيه واثبت هل يملك القبض ؟

عند[٥] علمائنا الثلاثة رحمهم الله : يملك .

وعند زفر : لا يملك ، بل يقبضه الموكل .

واستحسن المتأخرون فى أنه لا يملك كما قال زفر ، وبه يُفتى[٦] .

لانه لا يوتمن[٧] على المال من يوتمن على الخصومة .

وقد ذكرنا هاتين المسألتين فى شرح الجامع الصغير .

[٩٣٨] قال :

الوكيل[٨] بالخصومة اذا أقر أن الموكل قد كان[٩] قبض هذا الحق من المطلوب فهذا على وجهين :

اما أن أقر في مجلس القاضى ، او فى غير مجلس القاضى .

---

(١) ل : على ان الوكيل .
(٢) ل : انه لا يكون .
(٣) س : وهبها منه ، أو تصدق عليه بها ، او باعها منه .
(٤) الزيادة من ل .
(٥) ل : فعند .
(٦) س : وعليه الفتوى .
(٧) ك هـ ص : لا يومن
(٨) ص : والوكيل .
(٩) ف : ان الموكل لو كان .

ففي الاول[١] صح اقراره عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا •
وعند زفر رحمه الله لا يصح قياساً ، ويخرج من الوكالة ، نص[٢] على هذا صاحب الكتاب بعد هذا •
وان أقر في غير مجلس القاضي لم يصح اقراره عنـــد ابي حنيفة ومحمد وزفر •
وعند ابي يوسف يصح •
[٩٣٩] قال صاحب الكتاب :
وقال ابو يوسف وغيره من [٢١٢ ب] اصحابنا : انه يجوز اقراره في غير مجلس القاضي •
ولم يذكر ان ذلك الغير من هو •
ثم عند ابي حنيفة ومحمد وزفر : اذا لم يصح الاقرار في غير مجلس القاضي ، لكن اذا ثبت اقراره في غير مجلس القاضي عند القاضي ، بأن[٣] أقام المطلوب بينة على ذلك يخرج عن الوكالة ، وان لم يبرا المطلوب •
لأنه ان أقر انه ليس عليه شيء ، فكيف يخاصمه[٤] وهو بمنزلـة الوكيل بالخصومة اذا استثنى الاقرار فأقر ، لا يصح ، لكن يخرج عـن الوكالة ، كذا هنا •
وحق المسألتين كتاب الوكالة •
[٩٤٠] قال :
وكذلك اذا[٥] قال الوكيل : قد اخذت هذا الحـق من المطـلوب ،

---

(١) ل : ففي الوجه الاول يصح •
(٢) س : نص عليه •
(٣) ل : فان •
(٤) ص : يخاصم •
(٥) ص : ان قال •

ودفعته الى الموكل ، جاز اقراره ٠

لأنه مسلط ، وهو مؤتمن فيه ، فيصدق كالمودع اذا قال : دفعت الوديعة الى المودع ٠

وفي هذه المسألة دقيقة لم تذكر ههنا ، وستأتى بعد هذا ٠

[٩٤١] قال :

فان وهب الحق من المطلوب ، او أبرأه منه ، او تصدق به عليه ، لم يجز على الموكل ذلك ٠

لأنه غير مسلط على هذه التصرفات ٠

[٩٤٢] قال :

وان تقدم رجل الى القاضى وادعى[١] أن فلان بن فلان وكله بقبض دينه الذى على فلان هذا فاحضره[٢] القاضى معه ، فهذا على ثلاثة اوجه :

اما أن أقر الغريم بالدين والوكالة جميعا ٠

أو أقر بالدين وجحد الوكالة ٠

أو أقر بالوكالة وجحد الدين ٠

اما اذا أقر بالدين والوكالة فان القاضى يأمره بدفع الدين الى الغريم ٠

لأن اقراره على نفسه جائز ٠

فان أبى أن يدفع فالقاضى يجبره على الدفع ٠

فرق بين هذا وبين الوكيل بقبض[٣] العين اذا جاء ، وقال : أنا وكيل فلان وكلنى بقبض الوديعة منك ، فصدقه المدعى عليه فى الوكالة

---

(١) ص : فادعى

(٢) ب ف : واحضر ٠

(٣) ف : بقبض العين

والوديعة ، ثم ابى ان يدفع اليه ، فانه لا يجبر على الدفع .

والفرق ان في الوديعة أقر بثبوت الحق لـه في ملك الغير ؛ لأن الوديعة ملك المودع[1] ، فلا يصح اقراره ، [٢١٣ آ] فلا يجبر على الدفع.

اما في الدين فاقر بثبوت حق القبض له في ملك نفسه ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ، فصح الاقرار ، فأجبر على الدفع .

فان حضر الطالب ، وأنكر أن يكون وكل[2] هذا كان للغريم ان يحلفه بالله ما قبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال لهذا الغريم[3] بأمرك ووكالتك اياه بذلك .

لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فاذا أنكر يستحلف رجاء النكول ، فان حلف رجع على الغريم بالدين فيأخذه[4] .

وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فهذا على ثلاثة أوجه :

اما أن يكون الدين الذى دفع[5] اليه قائما عنده ، او مستهلكاً استهلكه القابض او هلك .

ففي الوجه الاول : يرجع ويأخذ منه .

وفي الوجه الثاني : يضمنه مثله .

وفي الوجه الثالث : لا [يضمنه][6] .

---

(١) تخرمت نسخة (ص) فى هذا الموضوع عند كلمة (المودع) وتخرم تحتها خمسة اسطر بمقدار ثلاث كلمات .

(٢) س ل : وكيل هذا . هـ : وكل هذا الرجل فان للغريم .

(٣) ل هـ س : المال من الغريم .

(٤) ف ج م : فأخذه .

(٥) ل : دفعه . ف : دفع اليه اياه قائما .

(٦) الزيادة من ل .

وقد ذكرنا تمام هذه المسألة فـي شـرح الجامع الصغير في كتاب القضاء .

واما اذا أقر بالدين وجحد الوكالة ، فقال الوكيل : حلفه[١] ما يعلم أن الطالب وكلني[٢] بقبض ذلك منه [فعندابي حنيفة لا يحلف ، وعند ابي يوسف ومحمد يحلف][٣] .

وذكر في بعض النسخ : وقال[٤] الحسن بن زياد : قال ابو يوسف : ذكره حاكيا[٥] ، وفي[٦] بعض النسخ : قال الحسن بن زياد : وقال ابو يوسف ذكره لا حاكياً عند ابي حنيفة يستحلف ، وعندهما لا يستحلف[٧] .

هما يقولان[٨] : الوكيل يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه ، فاذا نكل وجب أن يستحلف رجاء النكول .

وابو حنيفة رحمه الله يقول : اليمين[٩] تترتب على صحة الدعوى ،

---

(١) ص ك : يحلف . ل : حلفه بالله . ب : حلف .

(٢) ص ك ل هـ : وكله .

(٣) الزيادة من ص وفي حاشية س جاءت هذه الزيادة بلفظ : فلا يمين عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد يحلف بالله ما يعلم ان الطالب وكله بقبض ذلك منه .

(٤) ل س : قال (بسقوط الواو) .

(٥) قوله : (وذكر في بعض النسخ وقال الحسن بن زياد قال ابو يوسف ذكره حاكيا) ليس في س .

(٦) ص : في بعض النسخ عند ابي حنيفة يستحلف وعندهما لا يستحلف (بسقوط الواو وبسقوط العبارة (قال الحسن بن زياد وقال ابو يوسف ذكره حاكيا) .

(٧) ص هـ : (عند ابي حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف) وقد سقطت هذه العبارة من ف ج ب .

(٨) ل ف : هم يقولون .

(٩) ل : الدين يترتب .

وصحة الدعوى تترتب على كونه وكيلا ، ولم يثبت كونه وكيلا ، فلا تصح الدعوى فلا تتوجه اليمين[1].

واما اذا أقر بالوكالة ، [وأن الطالب وكله بكل حق له قبله وبخصومته][2] وجحد الدين فقال الوكيل : أنا اقيم البينة على هذا الحق ، لم يقبل القاضي ذلك منه ، ولا يكون وكيلا باثبات الحق الا ببينة تشهد له على الوكالة ، او[3] يحضر الموكل فيوكله .

لأن البينة انما تسمع من الخصم ، وكونه خصما لو ثبت انما يثبت باقرار المطلوب ، واقراره ليس [٢١٣ ب] بحجة في حق الطالب ، فان اقام البينة على الوكالة[4] [ثبت[5] كونه خصما ، فقبلت[6] بينته بعد ذلك ، وان كان مقرا بالوكالة ، لأن الوكالة][7] لم تثبت باقراره ، لأنه لم يصح اقراره، فجعل كالعدم .

ونظير هذا[8] ما قالوا : لو أن رجلا ادعى على ميت دينا ، فأحضر وارثا من ورثته ، فأقر هذا الوارث بدينه ، فانه يستوفي من نصيبه خاصة . فان قال المدعي : انا اقيم البينة على هذا الدين على هذا الوارث المقر

---

(١) س : فلا تتوجه اليمين له .

(٢) الزيادة من ف ج س ل .

(٣) س : الا اذا حضر الموكل فيوكله . ف : او يحضر الوكيل موكله .

(٤) ب ل س : فان اقام البينة على الوكالة فشهدت على الوكالة يثبت كونه خصما .

(٥) س هـ ل ب : يثبت .

(٦) س : وتقبل .

(٧) الزيادة من حاشية الاصل ك ومن سائر النسخ .

(٨) ل : ونظير هذا مالو ان رجلا .

لكي يثبت حقي فأستوفيه[1] من التركة ، فانه يقبل .

وكذا لو وكله[2] بقبض عين له في يد انسان ، فأقر الذي[3] في يديه ، ثم اقام المدعى البينة على هذا المقر بالتوكيل جاز ؛ لما قلنا .

[٩٤٣] قال :

وان وكل رجلا بطلب حقوقه ، وقبضها ، والخصومة فيها على أن لا يجوز اقراره عليه ولا صلحه ، ولا تعديل شاهد يشهد[4] عليه بشيء يبطل[5] به حقاً ، فالوكالة على [هذا][6] الشرط جائزة .

لأن الوكيل قائم مقام الموكل ، فان اقام مطلقا جاز ، وان قيد[7] جاز .

[٩٤٤] قال :

فان أقر هذا الوكيل ان الطالب قبض هذا الحق من الغريم لم يجز ذلك على الموكل .

لأنه لما استثنى الاقرار عن الوكالة لم يكن وكيلا في الاقرار ، فلم يصح ، لكن يصير به خارجاً عن الوكالة .

لأن الاقرار من هذا الوكيل في مجلس القاضي بمنزلة اقرار الوكيل المطلق في غير مجلس القاضي عند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله .

وثمة لما لم يصح خرج من أن يكون وكيلا كما مر فكذلك ههنا .

---

(١) ص هـ ل ب : ثم استوفيه .

(٢) ك هـ : وكل . وقد سقطت من س .

(٣) ل : الذي هو في يديه .

(٤) ف ل ب : هو يشهد . ص شهد .

(٥) ب : يبطل له به حقا .

(٦) الزيادة من ف ج ب .

(٧) هـ : وان قيده .

[٩٤٥] قال :

وان[١] قال الوكيل : قد قبضت انا هذا الحق من الغريم فضاع منى ، أو قال : دفعته الى الطالب ، صح اقراره وبرىء الغريم •

فرق بين هذا وبين ما اذا أقر أن الطالب قبض هذا الحق من الغريم فانه لا يصح •

والفرق : ان الموكل استثنى من التوكيل[٢] الاقرار بما يبطل حقه في الاستيفاء ، أما الاقرار بانى قبضت فليس باقرار يبطـــل بـه حقـه في الاستيفاء ، بل يتقرر فصح فبعد ذلك اذا قال : دفعته الى الطالب ، او يقول : ضاع منى ، وهو أمين فى ذلك فيصدق اذا حلف ويبرأ • [٢١٤ آ]

[٩٤٦] قال :

واذا وكل الرجل رجلا بقبض حقوقه ، وبطلبها ، والخصومة فيها ، فليس[٣] للوكيل ان يوكل بذلك غيره •

لأن الخصومة أمر يحتاج فيهـــا الى الرأى ، والناس يتفاوتون فى هذا ، والموكل رضي برأيه ، لا برأي غيره ، فلا يكون له ان يوكل غيره بذلك[٤] •

[٩٤٧] قال :

فان كان صاحب الحق اجاز أمره فى ذلك ، وما صنع فيه[٥] ؛ بـأن قال : ما صنعت فيه من شيء فهو جائز ، فله أن يوكل بذلك •

---

(١) ل : فان

(٢) ك : ع نالوكيل ل : عن التوكيل بالاقرار •

(٢) ب ص : فليس لهذا الوكيل •

(٣) قوله (بذلك) ليس فى ص ب •

(٤) ب : وما صنع فيه من شيء بان قال ••

لأنه فوض اليه[1] الأمر فيما يراه عاما ، والتوكيل من جملة ما رآه[2] ، فيصح ، وليس الموكيل الثاني ان يوكل غيره ؛ لأن الوكيل الثاني ما فوض اليه الامر عاما ، وانما فوض اليه الخصومة .

[٩٤٨] قال :

وان[3] مات صاحب الحق بطلت وكالتهما جميعا .

لأن كل واحد منهما نائب عن الموكل الاول[4] ، فموته[5] يبطل وكالتهما [جميعا][6] .

لأن التركة انتقلت الى الورثة .

[٩٤٩] قال :

ولو لم يمت صاحب الحق ، لكن مات الوكيل الاول ، فالثاني[7] على وكالته على حاله .

لأنه نائب عن الموكل ، وليس بنائب عن الوكيل الاول ، لكن ملك الوكيل الاول عزل الثاني ، لأنه [في العزل][8] نائب عن صاحب الحق ؛ لأن[9] صاحب الحق فوض الامر الى رأيه عاماً .

---

(١) ف ج ص ب : لانه فوض الامر اليه .
(٢) ف ج : ما يراه .
(٣) ص : فان
(٤) قوله (الاول) ليس في ص .
(٥) س : فبموته تبطل . ف : فموته مبطل .
(٦) الزيادة من س .
(٧) ف ج ص : والثاني .
(٨) الزيادة من ص ل ب .
(٩) س ك : لانه صاحب الحق والتصحيح من سائر النسخ وقد سقطت من ف .

الى هذا اشار صاحب الكتاب فقال :

لأن الطالب سلطه على ذلك ، فصار كأنّ صاحب الحق وكل رجلين ومات احدهما •

[٩٥٠] قال :

واذا ثبت الحق على المطلوب فقال للقاضى : حلف الوكيل بالله ما يعلم ان الطالب قد قبضه مني ، فلا يمين عليه ، وان(١) ادعى معنى لو اقر بـه لزمه(٢) •

لأن اليمين تترتب على صحة الدعوى ، وصحة الدعوى تترتب على كونه خصماً ، والمدعى به قبضُ الموكل(٣) ، فالوكيل لا يكون فيه خصما •

[٩٥١] قال :

فان قال المطلوب : اريد يمين الطالب ،قيل لـه : ادفع الحق الى الوكيل واتبع الطالب واستحلفه ، وكذا الوكيل بأخذ الشفعة اذا أثبت الشفعة ، فاذا ادعى المشترى ان الموكل [٢١٤ ب] سلم الشفعة ، قيل له : لا يمين لك على الوكيل ، سلم الدار الى الوكيل ، ثم اتبع الموكل وحلفه •

فرق بين هاتين المسألتين وبين المشتري اذا وكل وكيلا برد المشتري بالعيب وغاب فادعى البائع(٤) أن المشتري رضى بالعيب ، فان الوكيل لا يملك الرد ، بل يتوقف الى أن يحضر المشتري •

والفرق قد ذكرناه فى الجامع الصغير فى كتاب البيوع •

---

(١) ص ك هـ س : فان ، والتصحيح من ل ب • وقد سقطت من ف ج م •

(٢) عبارة (وان ادعى معنى لو أقر به لزمه) سقطت من ف ج م •

(٣) ف ج ب ك ل م : على الموكل والتصحيح من ص س هـ •

(٤) ل : فادعى الغائب •

[٩٥٢] قال :

واذا وكل رجلين بطلب حقوقه ، والخصومة فيها ، فان حضر احدهما ومعه خصم يطالبه ، فهو وكيل فى خصومته فى اثبات الحق له[(١)] ، الا انه ليس لاحدهما ان يقبض الحق دون صاحبه •

وهذا الذى ذكرنا استحسان اخذ به علماؤنا الثلاثة •

والقياس : أنه لا ينفرد احدهما بالخصومة واثبات الحق ، وبه اخذ زفر ، وهو يقول : بان الخصومة انما يحتاج فيها[(٢)] الى الرأي ، والموكل رضى برأيهما ، لا برأي احدهما ، فلا ينفرد [احدهما][(٣)] كما لا ينفرد بالقبض •

وانا[(٤)] نقول بأنهما اذا[(٥)] حضرا لايمكنهما [ان يتكلما][(٦)] معاً ، فاذا وكلهما مع علمه انه لا يمكنهما أن يتكلما •ما كان رضى [منه][(٧)] بتفرد احدهما ، بخلاف القبض ؟ لأنه يمكن اجتماعهما على القبض ، والقبض يحتاج فيه الى الأمانة ، فيكون رضى[(٨)] باماتنهما لا بأمانة احدهما •

[٩٥٣] قال :

ولو أن رجلا وكل رجلا فقال : فلان وكيلي فى كل شيء ، فهذا

---

(١) ل : فى اثبات الحق عليه •

(٢) ب : فيه •

(٣) الزيادة من هـ ص ب •

(٤) س : ونحن نقول •

(٥) ص : لو حضرا •

(٦) الزيادة من س ص ل ب •

(٧) الزيادة من ص هـ ل • وفى س : كان راضيا بانفراد • وفى ل : كان رضى منه بأن ينفرد •

(٨) ص ب : وهو رضي •

وكيل في الحفظ لا غير ، استحسانا • والقياس انه لا يصير وكيلا •

وجه القياس : أن هذا توكيل بما هو مجهول ، فلا يصح أصلا •

وجه الاستحسان : ان الوكالة مما تبنى على الحفظ ، قال الله تعالى :

« وهو على كل شيء وكيل »[١] •

معناه حفيظ •

فوجب أن ينصرف التوكيل اليه •

ولأن التوكيل استعانة ، والمرء انما يستعين فيما[٢] هو منفعة له ، فهذا هو الظاهر ، والحفظ محض[٣] منفعة له ، فهذا القدر متيقن ، وما وراءه مشكوك ، فثبت القدر المتيقن ، فيصير وكيلا بالحفظ •

[٩٥٤] قال :

وان [٢١٥آ] قال: فلان وكيلي في كل شيء جاز أمره ، فهذا وكيل في الحفظ ، والبيع ، والشراء ، والهبة ، والصدقة ، وتقاضي ديونه ، وحقوقه، وغير ذلك •

لأنه فوض[٤] اليه التصرفات عاما ، فصار بمنزلة ما لو قال له : ما صنعت من شيء فهو جائز ، فيملك جميع انواع التصرفات • وبهذا يخدع[٥] الموكل فيقول له الوكيل : اجعلني وكيلا في مالك جائز ما صنعت ، فاذا فعل الموكل ذلك صار وكيلا في كل شيء ، [حتى][٦] لو

---

(١) الاية من سورة الانعام : ١٠٢ ، سورة الزمر : ٦٢ •
(٢) هـ : بما هو •
(٣) هـ : تمحض
(٤) ب ص هـ ل : فوض التصرف اليه عاما •
(٥) ك انخدع •
(٦) الزيادة من ل •

وهب ، او تصدق جاز ، واذا انفق على نفسه جاز ؛ لأنه اجاز صنيعه[1] ، [وكل ذلك من صنيعه][2] .

[٩٥٥] قال :

ولو أن رجلا ادعى أن فلانا وكله وفلانا الغائب بطلب كل[3] حق له قبل فلان ، رجل بعينه ، والخصومة في ذلك وقبضه ، وأقام على ذلك بينة ، فان القاضي يقبل ذلك منه ، ويقضي بوكالته ووكالة الغائب ، ويخاصم هذا الحاضر ويثبت الحقوق ، فاذا أثبت لم يقبض[4] حتى يحضر الغائب ، فاذا[5] قدم الوكيل الغائب ، وادعى[6] الوكالة ، انفذها القاضي بتلك البينة ، ولم يكلف اعادة البينة .

ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله سويا بين الوكالة والوصاية ، فانه لو حضر وادعى انه وصي فلان بن فلان الميت ، وفلان بن فلان الغائب وصي معه ... الى آخر المسألة ، فان القاضي يقبل البينة ، ويقضي بوصايته وبوصاية الغائب ، حتى[7] لو حضر الغائب لم يحتج الى اعادة البينة .

وابو يوسف رحمه الله فرق .

والفرق له ان احد الوصيين عنده ينفرد بالتصرف فلم يكن حق الحاضر متصلا بحق الغائب ، فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب في

---

(١) هـ س : صنعه .
(٢) الزيادة من هـ س ل ص ب .
(٣) ف ج ب : بكل حق .
(٤) ص : لم يقض .
(٥) ل : فان .
(٦) ل : فادعى
(٧) ل : حتى انه لو ، وقد وقد سقطت من ص .

اثبات الوصاية للغائب ، فأما احد الوكيلين فلا ينفرد بالقبض والتصرف ، فصار حقه متصلا بحق الغائب فينتصب هو خصماً عن الغائب في حق اثبات الوكالة للغائب ، واذا ثبت[1] ثبتت الوكالة لهما ، فأحد الوكيلين ينفرد بالخصومة ، ولا ينفرد بالقبض [٢١٥ ب] ، وان قدم الغائب وجحد الوكالة ولم يدعها لم يكن للحاضر ان يقبض شيئاً من الغريم بهذه الوكالة •

لما قلنا ان احد الوكيلين لا ينفرد بالقبض •

[٩٥٦] قال :

ولو أن الحاضر أقام البينة أن فلانا وكله ، ووكل فلانا الغائب بمطالبة فلان بحقوقه قبله ، وبخصومته[2] ، على أن يقوم كل واحد منهما بانفراده جائز أمره ، فان القاضي ينفذ شهادتهم ، ويقضى له بالوكالة ، ولا يقضى بالوكالة[3] للغائب ، حتى[4] لو قدم الغائب ، وادعى الوكالة يحتاج الى اعادة البينة •

لأنه لما قال : على أن يقوم كل واحد [منهما][5] بانفراده جائز أمره ، فقد جعل كل واحد منهما وكيلا على الانفراد ، فلم يكن حق الحاضر فى هذه المسألة متصلا بحق الغائب ، فلا ينتصب خصما عن الغائب فلهذا يقضى بوكالته لا غير •

فاذا قضى ، ملك [هو][6] • القبض •

---

(١) قوله (ثبت) ليس فى ف ج •
(٢) هـ : وبمخاصمته •
(٣) قوله : (ولا يقضى بالوكالة) ليس فى هـ •
(٤) ل : حتى انه لو قدم الغائب •
(٥) الزيادة من ص ب •
(٦) الزيادة من ب ص هـ س ل •

فان حضر الغائب وادعى[1] الوكالة احتاج الى اعادة البينة ، وإن جحد[2] بقى الحاضر وكيلا على الانفراد ، فيملك القبض ، بخلاف المسألة الاولى •

لما قلنا •

[٩٥٧] قال :

ولو أن رجلا قدم رجلا الى القاضى وقال[3] : ان لفلان على هـذا الف درهم ، وقد وكلني فلان بطلب كل حق له وقبضه ، والخصومة فيه ، وأحضر شهودا فشهدوا له بالوكالة وعلى المال فى ذلك المجلس ، فان على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يقبل القاضى الشهادة عـلى المـال ، بل يقبل على الوكالة ، ويقضى بالوكالة ، ثم يأمره باقامة البينة على المال •

وقال ابو يوسف رحمه الله : يقبل البينة على الامرين جميعا ، فاذا عدلت البينة يقضى بالوكالة اولا ثم بالمال •

وعلى هذا الخلاف الوصاية والوراثة ايضا :

اما صورة الوصاية[4] : فاذا ادعى على آخر عند القاضى انه[5] وصى فلان بن فلان الميت ، وان للميت قبل هذا الرجل الف درهم ، وأقـام [٢١٦ آ] البينة على الوصاية والمال فى ذلك المجلس •

وصورة الوراثة : اذا[6] ادعى على رجل ان أباه مات ، ولا وارث له

---

(١) ف ج : ان ادعى الوكالة •

(٢) ل : وان جحدها •

(٣) ص : وقال لفلان على هذا •••

(٤) ل : اما صورة الوصاية فهي ما اذا ادعى • س : وصـورة الوصاية اذا ادعى •

(٥) ف ج ك : ان وصي

(٦) ل : وصورة الوراثة هى ما اذا •••

غيره ، وان له على هذا الرجل الذى حضـــر الف درهـــم ، وأقام البينة يشهدون له على النسب ، وعلى وفاة ابيه ، وانه وارثه ، لا يعلمون له وارثا غيره ، وعلى ان للميت على هذا الرجل كذا من المال •

وكذلك لو ادعى الوارث لأبيه دارا في يدي رجل ، او ضيعة او غير ذلك ، وأحضر على ذلك شهودا ، فشهدوا على ما قلنا •

ابو يوسف رحمه الله يقول : البينة لا توجب الحق بنفسها ، وانما توجب بقضاء القاضي ، فكان الموجب[1] هو القضاء ، وانمـــا يعتبر هذا الترتيب فى حق القضاء ، لا جرم [أن][2] القاضى عندي يقضى بالوكالة اولا ، ثم بالمال ، لكن يقبل البينة على الامرين في الابتداء •

وابو حنيفة رحمه الله يقول : بلى لكن البينة وان كانت لا توجب الحق بنفسها ، فانها [لا][3] تسمع من [غير] الخصم ، وانما يصير المدعى خصما فى دعوى المال ، اذا كان وكيلا ، ووصيا ، ووارثـا ، فما لم تثبت الوكالة والوصاية والوراثة لا يكون خصما فصار هو كالاجنبي ، والبينة ان كانت لا توجب الحق بنفسها [لا تسمع][4] من الاجنبي كذا ههنا •

[والله تعالى اعلم]

* * *

(١) ص : فكان الواجب •
(٢) الزيادة من س ل •
(٣) ك هـ س : فانها تسمع من الخصم •
(٤) الزيادة من ل ص ب •

الباب التاسع والستون
في الشهادة على الوكالة

[٩٥٨] [قال][١] :

واذا شهد للوكيل على الوكالة ابنا الوكيل فلا تجوز شهادتهما •

لأن الشهادة على الوكالة انما يحتاج اليها اذا كان الاب [مدعيا][٢] ، فكان[٣] في الشهادة اثبات صدق الاب ، وفيها اثبات حق القبض ، والخصومة له ، وفيه منفعة الأب فلا تقبل •

[٩٥٩] قال :

وكذلك شهادة ابوي الوكيل ، وشهادة ولد ولده وان سفلوا ، وشهادة اجداده وان علوا[٤] لا تجوز •

لما قلنا •

[٩٦٠] قال :

وكذلك شهادة ابوي الطالب وابنيه وولده[٥] واجداده •

لأن الموكل اذا كان مدعيا فان[٦] في قبول [٢١٦ب] الشهادة اثبات

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومن سائر النسخ واثباته عن السياق لأنه سيعطف عليه ومن ادب القاضي للخصاف بشرح الجصاص •

(٢) الزيادة من س هـ ص ب •

(٣) س : وكان

(٤) ف ل ب : وان ارتفعوا •

(٥) س : وابني ولده •

(٦) س هـ ص : كان فى قبول ...

صدق الاب ، واقامة الوكيل مقام الاب بحقوق الاب وباستيفائه[1] ، وفي ذلك منفعة للأب فلا تقبل •

[٩٦١] قال :

وكذلك امرأة الوكيل ، وامرأة الطالب ، وكذلك شهادة مولى العبد ، ومولى المكاتب للعبد والمكاتب ، اذا كان العبد او المكاتب هو الوكيل •

لأن شهادة المولى لعبده لا تقبل ، وام الولد والمدبر هما بمنزلة العبد والمكاتب •

لأنهما أمتان[2] •

[٩٦٢] [قال][3] :

واذا شهد للوكيل شاهد : ان الطالب وكله بقبض دينه من هـذا الرجل ، وشهد الآخر : انه جرّاه[4] في ذلك ، جازت[5] الشهادة •

لأن الجراية والوكالة سواء ، والجري والوكيل سواء ، فقد اتفق الشاهدان فى المعنى ، واختلفا فى اللفظ ، وانه لا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد احد الشاهدين على الهبة والآخر على العمرى ، او أحدهما

---

(١) ل هـ : وباستيفائها •

(٢) ص : لانهما أمينان (وهو تصحيف) •

(٣) الزيادة من السياق وقد سقطت من سائر النسخ •

(٤) ك : حراه (بالحاء) • وفى س : حرا (بالحاء ايضا) وكلاهما تصحيف ، وما اثبتناه عن ف ج ل م ص هـ ب وجرّاه : أي أرسله وكيلا وفي القاموس : والجريّ ، كغني : الوكيـــل للواحـد والجمع والمؤنث والرسول الاجير والضامن والجراية (بفتح الجيم وكسرها) الوكالة واجرى: ارسل وكيلا كجرّى (قاموس : مادة جرى ، ٤/٣١٤) •

(٥) س هـ : جازت شهادته •

بالعربية والآخر بالفارسية •

[٩٦٣] قال :

وكذلك ان شهد احدهما: انه وكله بقبضه ، وشهد الآخر : انه سلطه على قبضه ، فالشهادة جائزة •

لما قلنا •

[٩٦٤] قال :

وكذلك ان شهد أحدهما : انه جعله وكيلا في قبضه ، وشهد الآخر: أنه جعله وصيا في حياته في قبضه ، فالشهادة جائزة •

لأن الوكالة بعد موت الموكل تكون وصاية ، والوصاية في[1] حال حياة الموصي تكون وكالة ، فقد اتفق الشاهدان على معنى الوكالة ، واختلفا[2] في اللفظ •

[٩٦٥] قال :

وان شهد احدهما : أنه جعله وصيا في قبضه ، ولم يقل في حياته[3] لا تجوز الشهادة •

لأن الوصاية أوان وجوبها بعد[4] الموت ، فاذا أطلق ينصرف الى ما بعد الموت ، والوكالة تكون ثابتة للحال ، والوصاية تخالف الوكالة حكماً، فقد اختلفا لفظا ومعنى •

[٩٦٦] قال :

فان شهد احدهما : انه وكله بطلب دينه قبل فلان ، وشهد الآخر :

---

(١) ص : في حياة •
(٢) ك : واختلفوا •
(٣) س : في حقوقه •
(٤) ل هـ ب : ما بعد

انه وكله بتقاضيه[1] ، فالشهادة جائزة •

لانهما اتفقا معنى واختلفا لفظا [٢١٧ آ] فتقبل •

ويملك هذا الوكيل قبض الدين •

لأن الوكيل بالطلب ، والوكيل بالتقاضي يملك قبض الدين •

ومشايخنا استحسنوا انه لا يملك •

وقد مر هذا في شرح الجامع الصغير في كتاب الوكالة •

[٩٦٧] قال :

وكذلك ان شهد أحدهما : انه وكله بقبضه ، وشهد الآخر : انه وكله بتقاضيه ، او بطلبه[2] منه ، فالشهادة جائزة •

لأن التقاضي والقبض سواء في اللغة ، والوكيل بالطلب[3] يملك القبض ، فكان هذا كله توكيلا بالقبض ، فقد اتفقوا معنى ، واختلفوا في اللفظ •

وعلى ما استحسن مشايخنا [يجب] أن لا تقبل •

فبعد ذالك المسألة على وجهين :

اما ان أقر المطلوب بالدين •

او جحد •

ففي الوجه الاول كان للوكيل قبضه •

وفي الوجه الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الاثبات •

وعندهما لا [يملك الاثبات][4] بناء على ان الوكيل يقبض الدين او التقاضي هل يملك الخصومة ؟

---

(١) س : بتقاضي دينه •

(٢) ف ك س هـ : بطلب

(٣) (بالطلب) كذا في ك هـ ل ص ب وفي ف ج س : بالتقاضي •

(٤) الزيادة من ل •

عنده[1] : يملك

وعندهما : لا [يملك][2] .

[٩٦٨] قال :

وان شهد احدهما: انه وكله بقبضه ، وشهد الآخر: انه أمره بأخذه، أو ارسله في اخذه ، فالمسألة على وجهين :

اما ان أقر الغريم بالدين .

أو جحد .

ففي الوجه الاول : كان للوكيل قبض ذلك منه .

لأن الشاهدين اتفقا على ثبوت حق القبض[3] للمشهود له ؛ لأن حق القبض كما ثبت[4] للوكيل ثبت للرسول .

وفي الوجه الثاني : لم يكن للوكيل اقامة البينة[5] بالدين فى قولهم جميعا .

ابو حنيفة رحمه الله فرّق بين هذا وبين ما تقدم .

والفرق له : ان الشاهدين هنا ما اتفقا على ثبوت حق الخصومة له[6]، لأن الذى شهد انه وكله بقبضه قد اثبت له حق الخصومة ، والذى شهد انه أمره ، أو أرسله لم يثبت ، لأن المأمور والرسول بالقبض[7] لا يكون

---

(١) ف ج : عند ابي حنيفة رحمه الله يملك . ل : فعند ابى حنيفة يملك .

(٢) الزيادة من ل .

(٣) هـ : حق القبض للوكيل لان حق القبض .

(٤) ص : كما يثبت للوكيل يثبت .

(٥) هـ ب : اقامة البينة عليه بالدين .

(٦) لفظة (له) ليست فى ص .

(٧) س : والمرسل في القبض .

له حق الخصومة ، فما اتفقا على ثبوت حق الخصومة له •

اما فيما تقدم فقد اتفقا على انه وكيل ، لكن اختلفا[1] في اللفظ ، فكانا متفقين على ثبوت حق القبض •

[٩٦٩] قال :

وان شهد احدهما : أنه وكله بالخصومة في هــذه الدار الى قاضى الكوفة ، وشهد الآخر : انه وكله بالخصومة [٢١٧ ب] فيها الى قاضي البصرة ، فالشهادة جائزة ، وهو وكيل بالخصومة •

لأن الوكيل بالخصومة الى قاضي الـكوفة يكون وكيلا بالخصومة الى قاضى البصرة ، والوكيل[2] بالخصومة الى قاضى البصرة يكون وكيلا بالخصومة الى قاضى الكوفة •

لأن المطلوب نفس القضاء ، واقضية القضاة لا تختلف[3] ، والتقييد انما يراعى اذا كان مفيدا ، فاذا لم يكن مفيدا لغا فصار كانه لم يوجد التقييد اصلا •

فرق بين هذا وبين ما اذا شهد احدهما : انه وكله بالخصومة الى فلان الفقيه ، وشهد الآخر : انه وكله [بالخصومة][4] الى فلان الفقيه رجل آخر ، فانه لا يجوز •

والفرق : أن حكم الحاكم[5] توسط ، والمتوسطون مختلفون فـي

---

(١) س : ثم اختلفا •

(٢) س : وكذا على العكس لان المطلوب نفس القضاء •

(٣) س : والقضاء لا يختلف •

(٤) الزيادة من ص •

(٥) ص : حكم الحكم •

ذلك ، لاختلاف الذكاء[1] والذهن ، فالرضى بكون احدهما حكما لكون الحاكم عالماً بحقيقة الحال ، لا يكون رضى بالآخر ، فكان التقييد مفيداً ، فصح .

فاذا صح ، فقد تفرد كل واحد من الشاهدين بما شهد به ، والقضاء لا يقع بشهادة الواحد ، فأما القاضي فانما يقضي بحكم الشرع ، وحكم الشرع ان البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وهذا لا يختلف ، فلا يفيد التقييد ، فلم يصح .

والله تعالى اعلم

★ ★ ★

(١) س : لاختلاف الوكالة والذهن (وهو تصحيف) .

الباب السبعون
في[1] ما لا تجوز فيه الوكالة

[٩٧٠] [قال][2] :

ولا تجوز الوكالة في حدّ .

والحد على نوعين :

اما أن يكون حداً لا تشترط فيه الدعوى من العبد ، كحد الزنى .

او يكون حداً تشترط فيه دعوى العبد ، كحد السرقة ، وحد القذف ، وكذا[3] القصاص .

والتوكيل على نوعين :

وكيل بالاستيفاء .

ووكيل بالاثبات .

وكلا النوعين[4] لا يصح فى الضرب الاول .

والنوع الاول لا يصح في الضرب الثاني حال غيبة الموكل ، فان حضرة الموكل شرط استيفاء هذه الحدود والقصاص[5] ، وتصح حال

---

(١) ف : في الوكالة .
(٢) الزيادة من هـ ص ب
(٣) س ل : وحد القصاص
(٤) ص : وكلا النوعين الاستيفاء والاثبات لا يصح فى الضرب الاول فى حد الزنى والنوع الاول وكيل بالاثبات لا يصح فى الضرب الثاني حد السرقة والقذف والقصاص حال غيبة الموكل .
(٥) س : والقصاص ويصح التوكيل باستيفاء القصاص والموكل حاضر اما النوع ...

حضرة الموكل ، فان[١] وكل انسانا باستيفاء القصاص وهو حاضر صح •

واما النوع الثاني[٢] ، في الضرب الثاني فيصح عند ابي حنيفة رحمه الله ، ثم اذا[٣] جاء أوان الاستيفاء [٢١٨ آ] لا يستوفى الا بحضرة الموكل •

وعند ابي يوسف رحمه الله لا يصح النوع الثاني من الضرب الثاني•

وقول محمد مضطرب •

والأظهر انه مع ابي حنيفة •

وقيل : هذا الاختلاف عند غيبة الموكل ، اما عند حضرته فجائز[٤] بالاجماع كالنوع الاول •

وهذا لان كل كلام يوجد من الوكيل عند حضرة الموكل ينتقل اليه اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل •

وحق المسألة كتاب الوكالة •

وقد ذكرناها في شرح الجامع الصغير •

[٩٧١] قال :

وكذلك الرجل يشتري العبد ، فيجد به عيبا ، فيوكل وكيلا في رده ، فان وكيله لا يقدر على رده حتى يحضر [الموكل][٥] فيحلف بالله ما رضي بهذا[٦] العيب ، ولا ابرأه منه ، ولا عرضه[٧] على بيع منذ علم

---

(٦) ل هـ : بان •

(٢) ص : واما النوع الثانى التوكيل بالاثبات في الضرب الثانى وهو حد السرقة والزنى والقذف والقصاص فيصح عند ابي حنيفة ...

(٣) س : اذا كان

(٤) هـ ف ج ك ب م : فجاز وما اثبتناه عن س ل ص

(٥) الزيادة من س •

(٦) س : بهذا العبد •

(٧) ب ك هـ : عرض •

بالعيب .

وهذا انما يستقيم على قول صاحب الكتاب ، وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله : ان الموكل لو كان حاضرا يستحلف بغير دعوى البائع : بالله ما رضيت بهذا العيب ، ولا أبرأته ، ولا عرضته[1] على بيع منذ علمت بالعيب ، فاذا كان يستحلف الموكل من غير دعوى البائع لا تصح خصومة الوكيل حال غيبة الموكل .

اما في ظاهر الرواية ، [فلأنه][2] لما كان لا يستحلف الموكل[3] حال حضرته من غير دعوى البائع يصح التوكيل ، وتسمع خصومة الوكيل ، فاذا ادعى البائع الرضى والابراء توقف حتى يحضر الموكل .

وهكذا ذكر في الدعوى[4] في شرح الجامع الصغير .

[٩٧١] قال :

وكذلك الرجل يوكل في طلب سرقة سرقت منه ، فان كان انما[5] يطلب المال فالوكالة جائزة .

لأن التوكيل باثبات المال واستيفاء المال صحيح .

واما اذا كان بطلب القطع فالوكالة غير جائزة .

لأن التوكيل[6] باستيفاء القطع حال غيبة الموكل لا يجوز .

والله اعلم بالصواب

---

(١) ك : ولا عرضت .
(٢) الزيادة من ف ج ب .
(٣) ص : الوكيل حال خصومته . ف الموكل حال خصومته .
(٤) ف ج م س ل ب : هكذا ذكر فى الدعوى ، وفى الجامع الصغير قال ... وما اثبتناه عن ك ص هـ .
(٥) (انما) ليس فى س .
(٦) ف ج : لان الوكيل .

الباب الحـادي والسبعون

في الرجل يريد سفراً وهـو مطلوب فيوكل

[٩٧٢] قال[١] :

ولو أن رجلا اراد سفراً ، فطالبه رجـل بحق يدعيه قبله ، فقال المطلوب : اني[٢] اوكل وكيلا [٢١٨ ب] بخصومته ، جائز عليّ ما قضى به عليه ، واعطى كفيلا بما قضى به عليه لهذا الطالب[٣] ، فان القاضى يقبل ذلك منه ، وان ابى ذلك الطالب أجبره[٤] القاضى على قبوله ذلك .

لأن مقصود الطالب الوصول الى حقه ، وحقـه[٥] اما في جـواب الخصومة[٦] ، او فى المال . والاول حصل[٧] بالتوكيـل ، والثاني[٨] حصل باعطاء الكفيل .

(١) في الورقة ١٢٠ آ من نسخة هـ التى ابتدأت بهذه العبارة نجد أن اوراق المخطوطة قد تغيرت وقد تغير الخط ايضا ، بل حتى العبارات اصابها التغيير ، فقد جاءت المسائل فيها مختصرة مختزلة مع اخلال بالمعنى اعرضنا عن تدوينها لأن ذلك يطول بلا فائدة وقد ذكرنا نماذج من ذلك فقط ليعلم .

(٢) ب ف ج ص س : انا اوكل ، وما اثبتناه عن ك وبقية النسخ وفي هـ سقطت لفظة (اني) .

(٣) هـ : عليه للطالب فانه يقبل .

(٤) هـ : يجبره .

(٥) (وحقه) ليس فى ف ج ب .

(٦) هـ : الخصم أو المال .

(٧) س : محصل بالتوكيل والثانى باعطاء .

(٨) هـ : والثانى بالكفيل .

فبعد[1] ذلك اذا أبى صار متعنتا ، والمتعنت لا يقبل قوله .

[٩٧٣] قال :

وكذلك ان كان الكفيل غير الوكيل[2] يجوز .

لأن المعنى يجمعهما ، وهو حصول مقصود الطالب .

ابو حنيفة رحمه الله فرّق بين هذا وبين ما اذا كان مقيما لا يريد السفر ، فوكل انسانا بالخصومة لا يجبر صاحبه على القبول .

والفرق : أنه اذا كان مقيما ، فالحضور للجواب مستحق[3] عليه ، فلا يملك التفويض الى غيره ، الا برضى من له الحق فى الجواب ، واما اذا اذا أراد السفر فالحضور للجواب غير مستحق عليه ، فيملك التفويض الى غيره .

[٩٧٤] قال :

فان وكل[4] المطلوب وكيلا في خصومته بحضرة القاضى ، او بغير حضرة[5] القاضي بشهود ، وذلك بمحضر من الطالب ، ثم اخرجه من الوكالة بغير محضر من الطالب ، فاخرجه اياه باطل .

---

(١) هـ : فهو بالاباء صار متعنتا ، ولا فرق بين ان يكون الكفيل هو الوكيل أو غيره لان المعنى يجمعهما ، فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما اذا كان مقيما والفرق أنه ...

(٢) ف ج : غير الكفيل .

(٣) ف ج : غير مستحق (وهو سهو) .

(٤) عبارة هـ : فان وكل بحضرة القاضي او الشهود بمحضر من الطالب فاخراجه باطل ، لأنه يتضمن الحاق الضـــرر بالطالب ولو كان التوكيل بغير احضار الطالب جاز اخراجه من غير علمه ، الا أن فى الكتاب لم يذكر التوكيل بسؤاله ولا فى المبسوط لكن هذه الزيادة شرط .

(٥) س : بغير حضوره .

لأنه يتضمن الحاق[1] الضرر بالغائب ، فلا يملك ذلك •

وهذا اذا كان التوكيل بسؤال الطالب •

اما اذا كان بغير سؤاله فجاز اخراجه من غير علم الطالب ، الا أن في الكتاب لم يذكر التوكيل بسؤال الطالب • [وكذا][2] في المبسوط لم يذكر ، لكن هذه الزيادة شرط •

وان اخرجه من الوكالة بمحضر من الطالب[3] فاخراجه اياه جائز •

لأن للطالب ان يطالبه بأن يوكل انسانا آخر ، او[4] يخاصم نفسه ، ولا يمكنه من السفر حتى يفعل ذلك •

فاذا جاز ذلك فبعد ذلك ينظر : ان كان هو كفيلا بما يقضى به[5] ، فالكفالة لازمة ، لا[6] يملك الكفيل الرجوع ، ولا المكفول عنه ان يخرجه عن ذلك •

فان كان غيره كفيلا بما [٢١٩ آ] يقضى به ، فالكفالة ايضا لازمة •

لأن الكفالة حق الطالب[7] ، فلا يملك الكفيل ولا المكفول عنه ابطال حقه الا برضاه •

---

(١) ب ف : يتضمن ايجاب •
(٢) الزيادة من س وفي هـ : ولا في المبسوط •
(٣) هـ : من الطالب جاز لأن له ان يطالبه بان يوكل آخـــر او يخاصم بنفسه ولا يمكنه من السفر بدونه ، وكذا الكفالة لازمة ، لانها حق الطالب ، ولو جاء المطلوب الى القاضي والطالب غائب وقال : قد كنت وكلت هذا بين يديك ••• الخ بنقصان في العبارات •
(٤) ل : ويخاصم (بالواو) •
(٥) س : قضى به •
(٦) س : ولا •
(٧) ف : للطالب •

[٩٧٥] قال[١] :

فان جاء المطلوب الى القاضي وليس الطالب بحاضر ، وقال : قد كنت وكلت هذا بين يديك بخصومة[٢] فلان ، فيما يدعي علي[٣] ، وهذا الوكيل يريد السفر ، او قال : انا أتهمه أن يقر عليّ بشيء يلزمني[٤] ، فقد اخرجته من الوكالة ، ووكلت[٥] هذا الآخر لرجل أحضره للقاضي[٦] ، وقبل الوكيل الوكالة ، فانه ينبغي للقاضي ان يأمره باحضـــار الطالب حتى يوكل[٧] هذا بحضرته[٨] .

لأن الطالب يتهم القاضي ان لو فعل ذلك ، وللقاضي ان يتحرز عمـا يكون فيه تهمة ، فان طلبه فلم يقدر عليه ، أثبت القاضي وكالة الثاني ، وأخذ من الوكيل الثاني كفيلا .

فاذا فعل ذلك فالاول خارج عن الوكالة ، والثاني خصم للطالب .

لأن تصرف[٩] المتصرف انما يمتنع عليه اذا كان فيه الحاق الضرر بالغير ، وليس فيه الحاق الضرر بالغائب ؛ لأنه يصل اليه حقه في الموضعين

---

(١) قوله : (قال) ليس في ص .

(٢) س : في خصومة .

(٣) ف : علي وعلى هذا الوكيل .

(٤) ص : علي بشيء فقد يلزمه فقد اخرجه من الوكالة .

(٥) س : وقد وكلت .

(٦) س : عند القاضي .

(٧) هـ : يوكله بحضرته .

(٨) ف : لخصومته .

(٩) هـ : لأن تصرفه انما يمنع اذا كان فيه ضرر بالغير ولا ضرر هنا لانه يصل اليه حقه .

جميعا • لكن القاضي يأخذ من الوكيل الثاني[١] كفيلا •

لأن الطالب في الابتداء كان لا يرضى الا بوكيل ثقة له عيال وثقل[٢]، والثاني لا يؤمن عليه[٣] ، فيحتاط القاضي بأخذ الكفيل[٤] •

فاذا فعل تم مقصود الطالب ، فخرج الاول عن[٥] الوكالة ، وصار الثاني خصماً للطالب[٦] •

[٩٧٦] قال :

وكذلك لو[٧] جاء الى الشهود فقال : قد كنت اشهدتكم على وكالتي نهذا في خصومة فلان ، فيما يدعي قبلي ، وقبل الوكيل هذه الوكالة ، وقد اخرجته عن وكالتي هذه ، ووكلت فلانا هذا في خصومة فلان في ما يدعي قبلي ، وقبل الوكيل الوكالة هذه بمحضر من الشهود فهو جائز •

لأن الشهود في هذا الباب بمنزلة القاضي ؛ لأن[٨] التوكيل الإول لما كان عند الشهود فقد ثبت عليهم للطالب[٩] حق ، وهو ان لا يمتنعوا عن أداء الشهادة اذا طلب الخصم [٢١٩ ب] منهم الشهادة •

---

(١) قوله : (الثاني) ليس في ف ج ب •
(٢) قوله : (وثقل) ليس في س •
(٣) س ك : لا يؤمن عليه عسى فيحتاط ••
(٤) ف ج ب : الكفيل قال فاذا •
(٥) ف ج ك : من الوكالة •
(٦) من قوله : (فاذا فعل تم مقصود الطالب ••• الى هنا ليس في نسخة هـ •
(٧) ك : اذا جاء •
(٨) ص : فلأن •
(٩) ف ج ب : فقد ثبت للطالب عليهم •

وانما يصح هذا القول[1] بمحضر من الطالب او الشهود او القاضى •

[٩٧٧] قال :

فان احضر[2] الوكيل الثاني القاضى[3] ، واحضر الطالب والوكيل الاول ، فاقام هؤلاء الشهود[4] ، فشهدوا على وكالته اياه ، وعلى اخراجه[5] الاول ، فهو وكيل في خصومة[6] الطالب ، يقوم مقام الاول •

لأنه أثبت العزل للاول عند القاضى •

[٩٧٨] قال :

فان لم يحضر الوكيل الثاني ، ولم يحضر شهوده ، فالاول وكيل على حاله •

لأنه لم يثبت الثاني عزل الاول عند القاضى •

[٩٧٩] قال :

فان كان الخصم اثبت حقه على الوكيل الاول ببينة أقامها عند القاضى ، ثم اخرجه الموكل من الوكالة ، ووكل غيره [بذلك][7] فهو جائز ، والقاضى يقضي على الوكيل الثاني •

لأن الوكيل نائب عن الموكل ، والموكل نفسه[8] لو حضر بعد أن أثبت الخصم حقه على الوكيل ، وعزل الوكيل ، وقال : أنا احضر[9] بنفسى

(١) هـ س ص : هذا العزل •
(٢) ص ف ج : حضر •
(٣) هـ : عند القاضي •
(٤) ف : هؤلاء الشهاد •
(٥) هـ : وعلى اخراج الوكيل الاول •
(٦) س : في خصومته الطالب •
(٧) الزيادة من ف ص ب س ل •
(٨) ص : بنفسه
(٩) ك : أنا خصم • ص هـ س ل : انا اخاصم •

كان له ذلك ، والقاضي يقضى عليه بتلك البينة على الموكل[1] ، ولا يشترط اعادة البينة ، فكذا الوكيل الثاني .

[٩٨٠] قال :

وكذلك لو أن القاضي سمع من بينة الطالب على الوكيل ، ثم مات الوكيل ، وحضر الموكل ، فان القاضى يحكم عليه بتلك البينة .

لأن السماع على نائب الموكل كالسماع على الموكل .

[٩٨١] قال :

ولو وكل المطلوب وكيلا فى خصومة فلان هذا فيما يدعيه قبله من حقوق ، وأجاز[2] له أن يوكل بمثل ما وكله من ذلك من رأي كان جائزا .

لأنه فوض الأمر الى رأيه على العموم ، وتوكيل الثاني من رأيه ، فيجوز .

فان وكل الاول وكيلا ، فأثبت الطالب حقه عليه ، او لم يثبت حتى أخرج الوكيل الاول [الوكيل] الثاني من الوكالة ، فانه يجوز ، سواء كان بمحضر من الطالب ، او لم يكن .

لأن الوكيل الاول قائم على حاله يخاصم .

الى هذا أشار صاحب الكتاب حيث قال :

لأن[3] الوكيل الاول ينوب[4] عن الثاني فى الوكالة ، فذلك جائز [٢٢٠ آ] .

---

(١) ص ل س ك ب : على الوكيل . هـ : عليه ولا ...
(٢) س ك : فأجاز .
(٣) ص فلأن .
(٤) ل : نائب .

[٩٨٢] قال :

ولو أن الوكيل وكل وكيلا بخصومة هذا الطالب عن فلان بمحضر من الطالب ، وقبل الثاني الوكالة من الوكيل الاول ، ثم ان الوكيل الاول مات ، فالوكيل[١] الثاني وكيل على حاله في خصومة[٢] الطالب •

لأنه وكيل الاول ، لا انه وكيل الوكيل •

اليه اشار صاحب الكتاب حيث قال :

لأن المطلوب كأنه هو الذى وكله •

[٩٨٣] [قال][٣] :

وكذلك لو أن المطلوب اخرج الوكيل [الاول][٤] كان خارجا منها ، وكان الوكيل الثاني وكيلا على حاله ، في خصومة الطالب •

لما قلنا •

[٩٨٤] قال :

ولو أن القاضى حين أمر المطلوب ان يوكل وكيلا بخصومة الطالب ، فخرج[٥] من عند القاضى ، وأشهد بمحضر من الطالب انه وكل[٦] فلان ابن فلان بخصومة فلان هذا فيما يدعي[٧] قبله من حق[٨] ، وليس الوكيل

---

(١) ف ج س ب : فان الوكيل
(٢) س : في خصومة حقوق الطالب
(٣) الزادة من ف ج م هـ •
(٤) الزيادة من ل ب •
(٥) ص ك : خرج •
(٦) ب : انه وكيل •
(٧) ف ج : فيما يدعى من حق قبله •
(٨) ص : من حقوق •

بحاضر كذلك[1] فان للطالب ان لا يقبل هذا •

لأنه يقول : لا آمن من أن لا يقبل الوكيل هذه الوكالة ، وتكون أنت قد غبت ، فله أن لا يقبل •

فان قبل مع هذا فلما افترقا أشهد الموكل شهودا انه أخرج الوكيل من الوكالة ، فاخراجه اياه جائز •

لأنّ الوكالة انما تتم بقبول الوكيل ، ولم يوجد القبول ، فلم تكن هذه الوكالة[2] تامة ، فيملك اخراجه بدون علم الوكيل ، وهذه حيلة يحتال بها •

[٩٨٥] قال :

ولو أن المطلوب وكل رجلا حاضرا فى خصومته ، وقبل الوكيل الوكالة بمحضر من الطالب ، ثم ان الوكيل أقر أن هذا الحق على المطلوب، فهذا على وجهين : اما ان أقر عند القاضى ، او أقر عند غير القاضى •

وفي الوجهين خلاف

وقد ذكرنا المسألتين ، وانما اوردهما هنا ليفرّع عليهما[3] من المسائل •

[٩٨٦] قال :

ولو أن[4] المطلوب وكل وكيلا فى خصومة[5] هذا الطالب وليس الوكيل بحاضر ، وأشهد [٢٢٠ ب] على خصومته ، ورضي به الطالب ،

---

(١) ف ل : لذلك

(٢) العبارة : (فاخراجه اياه جائز لان الوكالة انما تتم بقبول الوكيل ولم يوجد القبول فلم تكن هذه الوكالة) ليس فى ص •

(٣) س : عليهما مسائل • ل : عليهما من المسائل ما ترى •

(٤) ص : ولو ان رجلا وكل •

(٥) س : خصومته هذا

وقبل الوكيل الوكالة ، حين بلغه ، صار وكيلا مطلقا ، فان اراد الموكل ان ان يستثنى أقرار هذا الوكيل عليه وأشهد شهودا انه قد أخرج الاقرار عنه فهذا على وجهين :

اما ان كان بمحضر من الطالب .

او بغير محضر[١] .

ففي الوجه الاول يجوز .

لأن في الوجه الاول يملك اخراجه من أصل الوكالة فلأن يملك[٢] تغييره كان أولى[٣] .

واما في[٤] الوجه الثاني [فقد][٥] اختلفوا فيه .

قال محمد رحمه الله : يصح .

وقال ابو يوسف رحمه الله : لا يصح .

محمد رحمه الله يقول : هذه الزيادة ليست بحق للطالب ، الا ترى أن في الابتداء لا يملك ان يطالبه بالتوكيل المطلق ، فكان للمطلوب ان يوكل ، ويستثنى الاقرار ، فكذا فى الانتهاء .

وابو يوسف رحمه الله يقول : انه قيد ما أطلق ، وتقييد[٦] المطلق ابطال من وجه ، ولو اراد ابطال أصل الوكالة لا يملك[٧] ، فكذا لو أراد

---

(١) ب ل ص : بغير محضر من الطالب .
(٢) ف ج : يملكه لغيره .
(٣) العبارة (لان فى الوجه الاول يملك اخراجه من اصل الوكالة فلأن يملك تغييره كان اولى) سقطت هذه العبارة من ص .
(٤) س : وفى الوجه .
(٥) الزيادة من ل .
(٦) ك ف ج : والتقييد .
(٧) ل : لا يملك ذلك فكذا .

ابطال بعض[1] الوكالة .

اما قوله : هذه الزيادة ليست بحق للطالب [قلنا][2] : نعم[3] في الابتداء ، لكن اذا وكله مطلقا صارت الزيادة مع الاصل حقاً له ، فلا يملك الابطال بغير محضر منه .

وكذلك[4] على هذا اذا وكل المطلوب وكيلا في خصومته على أن للوكيل ان يوكل في خصومة[5] الطالب من رأى ، فأراد بعد ذلك ان يحجر[6] على الوكيل في حق تلك الزيادة حتى لا يملك الوكيل الاول التوكيل ، ففي الوجه الاول يصح ، وفي الوجه الثاني عند محمد يصح ، وعند ابي يوسف لا يصح[7] .

والله اعلم بالصواب

* * *

---

(1) ف : قبض .
(2) الزيادة من ل .
(3) ف : فتم .
(4) عبارة هـ : وكذا لو وكل وكيلا بخصومته على أن له ان يوكل غيره فاراد ان يحجره عن التوكيل ، فان حجره بحضرته يصح وان كان بغيبته فعلى الاختلاف والله اعلم .
(5) س : خصومته للطالب .
(6) س : ان يجحد . هـ : يحجره عن التوكيل .
(7) ل : لا يصح ذلك .

الباب الثاني والسبعون
في اثبات النسب

[٩٨٧] بنى الباب على أصلين :

احدهما : أن من ادعى على انسان شيئاً[١] ، ان كان المدعى عليه [بحال][٢] لو أقر يصح اقراره ، [فانه][٣] ينتصب خصماً فى اقامة البينة بالانكار •

وان كان [بحال][٤] لو أقر [٢٢١آ] لا يصح اقراره ، فانه لا ينتصب خصما فى اقامة البينة بالانكار •

لأن البينة انما تقبل[٥] على الخصم المنكر ومن يصح اقراره يصح انكاره ، فيكون خصماً فى اقامة البينة عليه • ومن لا يصح اقراره لا يصح انكاره ، فلا يكون خصماً في اقامة البينة عليه ، بخلاف الوصى ، فانه لا يصح اقراره ، ويصح انكاره •

لأن الوصي ليس بمدعى عليه ، وانما المدعى عليه فى الحقيقة هو الصبي ، والوصي نائب عنه شرعاً فى ما صار نائبا •

والثاني : أن من ادعى مالا على غائب ، فأراد ان يقيم البينة على رجل حاضر ، فان الحاضر ينتصب خصماً عنه ، اذا كان ما ادعى على[٦] الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثبات ذلك على الغائب •

[٩٨٨] اذا عرفنا هذا قال :

واذا ادعى رجل على رجل انه أخوه لأبيه وأمه ، فجحد ذلك عند

---

(١) س : نسباً •
(٢) الزيادة من ل •
(٣) الزيادة من ل •
(٤) الزيادة من ل •
(٥) س : انما تثبت •
(٦) س : عليه الحاضر •

القاضي ، فقال المدعي : انا أقيم البينة على ذلك ، فان[1] القاضي يسأل المدعي : ألك قِبَلَه ميراث تدعيه من قبل ابيه او من قبل أمه[2] ؟

او كان المدعي زمنا يطالبه بالنفقة ، او ادعى قبله حقا[3] من الحقوق ، ولا يقدر على أخذه الا باثبات النسب ، فان كان كذلك فان القاضي يقبل بينته على اثبات النسب ، والا فلا خصومة بينهما .

لأنه اذا[4] لم يكن يدعى مالو[5] أقر به لا يصح اقراره فلا ينتصب خصماً في اقامة البينة بالانكار ، وهذا [لأنه][6] اذا لم يدع عليه مالا لم[7] عليه حقاً ، لأن الاخوة انما هى المجاورة بين الاخوين في الصلب ، او في الرحم ، فلم يكن مدعيا على الحاضر شيئاً .

واذا ادعى مالاً فقد ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل اليه الا بعد اثبات النسب على الغائب[8] ، فينتصب الحاضر خصما عن الغائب في اقامة البينة بالانكار .

[٩٨٩] قال :

ولو أن رجلا ادعى على رجل انه ابوه ، وأنكر الاب ذلك ، و[9] أقام [٢٢١ب] البينة انه ابوه ، ثبت نسبه منه ، وان لم يدع قبله حقاً .

---

(١) ف : على ذلك قال يسأل المدعي .

(٢) في حاشية س هنا اضافة هى : (فاذا كان كذلك فان القاضي يقبل بينته على اثبات النسب والا فلا خصومة بينهما) وهى العبارة التى ستأتي بعد حوالي سطرين .

(٣) ص : أو ادعى قبله من الحقوق ولا نفقة على اخذه (وهو تصحيف) .

(٤) ف ل : لانه اذا لم يدع .

(٥) ل : مالا لو أقر به .

(٦) الزيادة من ل .

(٧) ف هـ س : ولم يدع .

(٨) ك ف ج : على الحاضر .

(٩) ف ل : فاقام .

وكذلك ان كان الاب هو المدعي لذلك[1] فادعى ان هذا ابنه ، وجحد ذلك الابن ، فأقام هو البينة انه ابنه ، ثبت نسبه منه ، وان لم يدع عليه قبله حقا .

لأنه لو أقر به يصح اقراره فينتصب خصماً في حق اقامة البينة عليه بالانكار .

وهذا لأن[2] بدعوى الابوة والبنوة يدعي عليه حقا ، فان الابن يدعى عليه حق الانتساب اليه[3] ، والاب يدعى على الابن وجوب الانتساب الى نفسه شرعاً .

قال النبي صلى الله عليه وسلم :

« من انتسب الى غير أبيه ، او انتمى[4] الى غير مواليه ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين »[5] .

---

(١) ص : كذلك .

(٢) ل هـ : لأن الاب بدعوى .. ف : لان دعوى ..

(٣) س ك : يدعى ان له حقا لانتسابه اليه . ص : يدعى ان له حق الانتساب اليه .

(٥) ل : انتحى .

(٤) حديث « من انتسب الى غير ابيه ... » رواه ابن ماجة في الحدود عن ابى بشر بكر بن خلف ، ثنا ابن ابي الضيف ، ثنا عبدالله بن عثمان بن خثيم ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من انتسب الى غير ابيه ، او تولى غير مواليه ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين » وفى اسناده ابن ابى الضيف قال في الزوائد لم ار لاحد فيه كلاما لا بجرح ولا بتوثيق وباقى رجال الاسناد على شرط مسلم (سنن ابن ماجة : ٢/٨٧٠ رقم ٢٦٠٩) ، واصله =

=

الحديث المتفق عليه من حديث علي ابن ابي طالب الذى رواه الامام مسلم

فى الحج عن ابى بكر بن ابى شيبة ، وزهير بن حرب ، وابي كريب جميعا عن ابي معاوية ٠ قال ابو كريب : حدثنا ابو معاوية ، حدثنا الاعمش ، عن ابراهيم التيمي ، عن ابيه ، قال : خطبنا علي بن ابي طالب فقال : من زعم ان عندنا شيئا نقرأه الا كتاب الله وهذه الصحيفة (قال : وصحيفة معلقة فى قراب سيفه) فقد كذب، فيها اسنان الابل واشياء من الجراحات، وفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم : « المدينة حرم ما بين عير وثور – جبلين في المدينة وثور فى المدينة غير الذى فى مكة – فمن أحدث فيها حدثا ، او آوى محدثا ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم ، ومن ادعى الى غير ابيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس جمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا » ورواه باسناده هذا ايضا فى العتق (صحيح مسلم : ٢/٩٩٤ – ٩٩٨ رقم ٤٦٨ من كتاب الحج ورقمه العام ١٣٧٠ ، ٢/١١٤٧ رقم ٢٠ من العتق و ١٥٠٨ بالتسلسل العام) ورواه البخارى في كتاب الفرائض من صحيحه بلفظ آخر بهذا الاسناد (صحيح البخارى : ٤/١١٤) ورواه الترمذى فى الوصايا من حديث ابى امامة الباهلي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى خطبته عام حجة الوداع : ان الله تبارك وتعالى قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر

وحسابهم على الله تعالى ومن ادعى الى غير أبيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة الى يوم القيامة ٠٠٠ الخ الحديث قال وفى الباب عن عمرو ابن خارجة وانس بن مالك ، هذا حديث حسن (سنن الترمذى ٣/٢٩٣ رقم ٢٢٠٣) ورواه الدارمي في السير عن عمرو بن خارجة قال : كنت

تحت ناقة النبي صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول : « من ادعى الى غير ابيه أو انتمى الى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل » (سنن الدارمي : ٢/١٦٠ رقم ٢٥٣٢) ورواه الامام احمد عن عمرو بن خارجة (المسند : ٤/١٨٦ – ١٨٧ ، و ٤/٢٣٨ – ٢٣٩) وعن ابي امامة الباهلي (المسند : ٥/٢٦٧) ٠

[٩٩٠] قال :

وكذلك لو أن رجلا ادعى ان هذه امرأته ، وانكرت المرأة ، او كانت المرأة هى المدعية ، وأنكر الزوج ، فأقام المدعي منهما البينة على دعواه ، فقبل ذلك الحاكم منه ، وحكم له ، وان لم يكن فيه دعوى مهر ولا نفقة •

لأنه لو أقر به صح ، فينتصب خصماً فى اقامة البينة بالانكار •

وهذا لأن نفس الزوجية حق ، فيدعي عليه حقا •

[٩٩١] قال :

وكذلك لو ادعت امرأة ان هذا الرجل ابنها ، او كان هو المدعي انها أمه ، وهى[١] تجحد ، فأقام المدعي منهما البينة على دعواه ، فان القاضى يقبل ذلك منه ويثبت نسبه منه[٢] •

هكذا ذكر صاحب الكتاب ههنا •

وهكذا ذكر[٣] محمد رحمه الله في الجامع[٤] •

---

(١) ص : وهو يجحد •

(٢) قوله (منه) ليس فى ل •

(٣) ل : ذكره •

(٤) قوله : وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الجامع قلت انظر الجامع الكبير كتاب الدعوى منه فى باب ما يكون الرجل فيه خصما من النسب والولاء ومالا يكون اذ قال : ولو ادعى انه ابوه او ابنه او مولاه من عتاقة من فوق او أسفل او مولاه من موالاة او انه مولى لابيه عتاقة او ان اباه كان مولى لابيه فهو خصم ويقبل بينته ادعى ميراثا او لم يدع وكذلك امرأة ادعت على رجل انه ابنها او ادعت لقيطا فى يد رجل انه اخوها (الجامع الكبير ص ١٢٠) •

وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه لا يقبل [ذلك][1] .

وما ذكره[2] ابو يوسف رحمه الله قياس ، وما ذكره محمد في الجامع استحسان .

وجه القياس : انها لو أقرت بذلك لم يصح اقرارها لأنها تحمل[3] النسب على الغير ، فلا ينتصب خصماً في اقامة البينة بالانكار .

وجه الاستحسان : ان الام احد الابوين ، ثم الاب ينتصب خصماً في اقامة البينة [٢٢٢ آ] عليه على النسب في الانكار ، فكذا الام[4] .

ويجوز أن يثبت النسب من الام ، وان كان لا يثبت من الأب ، ألا نرى أن ولد الزنى ثابت النسب من الام ، وان[5] لم يكن ثابت النسب من الاب ، الا[6] انها لو أقرت بالنسب لا يثبت .

لأن[7] سبب ثبات النسب في جانبها الولادة ، وانه[8] يحضرها غيرها عند الولادة ، وهي القابلة ، فشرط انضمام قول القابلة الى قولها ، فلا يصح اقرارها على الانفراد .

فأما في الانكار فلا[9] يشترط انضمام قول الغير الى قولها ، لصحة

---

(١) الزيادة من ل .
(٢) ص : بما ذكره .
(٣) هـ : حمل .
(٤) ل : فكذا الامر .
(٥) ك ص : وان لم يثبت النسب .
(٦) ف : وانها .
(٧) ف ب : لان ثبات النسب .
(٨) ص : وان لم يحضرها .
(٩) ل : فانه لا يشترط .

الانكار ، فصح انكارها ، والبينة تسمع على المنكر .

[٩٩٢] قال :

وكذلك لو أن رجلا ادعى على رجل انه مولاه ، وانه اعتقه ، ان كان المعتق هو المدعى لذلك ، والذى اعتق يجحد ذلك ، وأقام على ذلك بينة ، تقبل ، وان لم يدع قبله حقا .

لأن الولاء لحمة كلحمة النسب ، وفى نفس النسب ينتصب خصماً ، فكذا في الولاء[1].

وهكذا في ولاء الموالاة[2].

لأن ولاء الموالاة ، وولاء العتاقة سواء ، الا ان ولاء العتاقة أقوى .

فصار الحاصل أن اقرار الرجل يصح باربعة نفر : بالاب ، والابن ، والزوجة ، والمولى ، فينتصب خصماً في هذه المواضع .

واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر : بالأب ، والزوج ، والمولى ، فتنتصب خصماً في هذه المواضع[3] ، ولا يصح اقرارها[4] بالولد ، وهل تنتصب خصماً في ذلك بالانكار ؟ فيه خلاف على ما مر .

[٩٩٣] قال :

وكذلك لو أن رجلا فى يديه صبى لقيط التقطه ، فجاءت امرأة ، فأقامت البينة انها حرة الاصل ، وأن هذا الصبي اخوها لأبيها وأمها ، قبلت

---

(١) ف ب م ج : فكذا فى الولاء والموالاة .

(٢) قوله : (وهكذا فى ولاء الموالاة) ليس فى ف ب ج م . وفى س : وهكذا فى ولاء الموالاة وولاء العتاقة الا أن ...

(٣) العبارة من قوله : (واقرار المرأة يصح بثلاثة نفر ... الى هنا ليس فى ف ج ص .

(٤) هـ : ولا يصح اقرارهما فى ما عدا ذلك .

بينتها ، وأثبت [القاضى] نسبها ، ودفعه اليها •

لأنها تدعي لنفسها حقاً ، وهو حق الحضانة والتربية ، ونقل الصبي الى حجرها ، وهذا حق وراء الاخوة ، لكن لا تقدر على اثبات الحق الا باثبات الحق الا باثبات الاخوة ، فتقبل البينة لهذا •

وكذلك لو ادعى امتناع [٢٢٢ ب] الرجوع في الهبة بسبب الاخوة ، او فساد النكاح بسبب الاخوة ، واقام البينة على الاخوة تقبل •

لما قلنا •

[٩٩٤] قال :

ولو أن رجلا لـه على آخر[١] ألف درهم دين ، أو[٢] له في يده ايضا الف درهم غصب او وديعة ، فغاب صاحب المال ، وجاء رجل فقدم الذى قبله المال الى القاضى ، فقال : ان صاحب هذا المال قد مات ، وانا[٣] ابنه ، ووارثه ، لا وارث له غيري • فان صدقه الذى قبله المال فيما ادعى ، أمره القاضى ان يدفع اليه المال •

اما فى الدين فلأنه [لو][٤] زعم المدعى انه وكيل فلان بقبض الدين ، وصدقه ، يؤمر بالدفع اليه ، فكذا[٥] اذا زعم انه وارثه •

واما في الغصب والوديعة ففرق بين هذا وبين ما اذا جاء وادعى أنه وكيل فلان بقبض الغصب والوديعة [وصدقه ، فانه لا يؤمر بالدفع اليه •

(١) ص : على رجل •

(٢) ك : وله (بالواو) •

(٣) س ك : وانه ابنه ووارثه لا وارث له غيره •

(٤) الزيادة من بقية النسخ •

(٥) س : فكذا هذا اذا •

وههنا[١] اذا أقر بالموت ، وكون المدعى وارثا وبالغصب والوديعة][٢] امر[٣] بالدفع اليه •

والفرق ان هناك تصادقا ان الملك للمودع ، فكان هذا اقرارا بثبوت حق القبض في ملك[٤] الغير فلا يصح • اما ههنا فبالموت انتقلت التركة الى الوارث ، فلم يكن هذا اقرارا بثبوت حق القبض في ملك الغير ، فاذا دفع اليه أخذ القاضي منه كفيلا في قول بعض أصحابنا[٥] •

هكذا ذكر صاحب الكتاب ، وعنى به ابا يوسف ومحمدا[٦] رحمهما الله •

اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا[٧] يأخذ •

لأن ابا حنيفة قال ههنا في آخر الباب وفي الجامع الصغير : هذا شيء احتاط القضاة فيه ، وهو ظلم •

[٩٩٥] قال :

فان أنكر[٨] المدعى عليه جميع ما ادعى عليه ، من وفاة ابيه ، وانه ابنه ، وهو مقر بالملك ، فأراد المدعي استحلافه ، فان الحسن بن زياد قال: استحلفه[٩] على علمه : بالله ما يعلم ان فلان بن فلان الفلاني توفي وان

---

(١) حاشية ك : وهذا اذا اقر •••
(٢) الزيادة من حاشية ك ومن بقية الاصول •
(٣) س : فانه يؤمر بالدفع اليه •
(٤) ف : وملك •
(٥) ص : بعض علمائنا •
(٦) قوله : (ومحمدا) ليس فى س •
(٧) ل : فانه لا يأخذ وقد سقطت من ف
(٨) ل ف : فاذا أنكر • ص : واذا أنكر •
(٩) ص : استحلف •

هذا ابنه ٠

قال صاحب الكتاب :

وروي عن بعض اصحابنا انهم قالوا : يحلف على علمه على مثل ما قال الحسن بن زياد ، بعد ان كانوا يقولون : لا يحلف ٠

فقد ذكر صاحب الكتاب رجوعاً [٢٢٣ آ] عن بعض اصحابنا ، الى قول الحسن بن زياد ، ولم يبين من ذلك من[١] اصحابنا ؟ وقد عرف في هذه المسألة قول ابي يوسف ومحمد[٢] رحمهما الله انه يستحلف ، وقول ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف ، فلم[٣] يعرف قول من قال : لا يستحلف ورجع الى انه يستحلف ٠

فلا يعرف قول من يريد صاحب الكتاب[٤]٠

ابو يوسف ومحمد يقولان[٥] : المدعي ادعى عليه معنى من موت ابيه ، وكونه ابنا له ، لو أقر به لزمه ، فاذا انكر يستحلف لكن على العلم ٠

وابو حنيفة رحمه الله يقول : اليمين انما تترتب على الدعوى ، والدعوى انما تسمع من الخصم ، وما لم يثبت موت المورث لا يثبت كونه خصماً ، فلا تصح الدعوى ، فلا تتوجه اليمين ٠

[٩٩٦] قال :

ولو أقر الذى قبله المال بموت صاحب المال ، وقال : اما هذا المدعي

---

(٣) ص ك : عن اصحابنا ٠

(٤) قوله : (ومحمد) ليس في ب ٠

(٥) ك : ولم ٠

(٦) س : صاحب الكتاب فلا يعرفون الراجع من هو ٠ هما يقولان ٠٠٠

(٧) س: هما يقولان٠ ص: هما يقولان ان المدعي٠ ل: يقولان لان المدعي ٠٠٠

فلا[1] أعرفه ، فقال المدعي : حلفه على[2] انه ما يعلم انى فلان بن فلان ، استحلفه على ذلك •

فرق ابو حنيفة بين هذا وبين الفصل الاول •

والفرق أن في الفصل الاول لما لم يثبت موت المورث لم ينتصب هو خصماً ، فلم تصح الدعوى ، ولم تترتب عليه اليمين •

واما[3] ههنا لما ثبت الموت بتصادقهما ، ثبت كونه خصماً ، فتصح الدعوى ، فترتبت[4] عليه اليمين •

فان قيل : كيف يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله ، وعنده [ان] الاستحلاف لا يجرى في النسب ؟

قيل له[5] : [لا نسلم أن الاستحلاف لا يجرى في النسب على الاطلاق ؛ لأن][6] الاستحلاف يجرى في النسب عنده[7] اذا كان في ضمنه دعوى المال ، وانما لا يستحلف اذا تجردت[8] دعوى النسب •

[٩٩٧] قال :

فان أقر ان هذا ابنه ، وقال : لا أدري أن له وارثاً آخر ام لا ، فان القاضي يتلوّم ، وينتظر[9] : فان جاء وارث آخر والا دفع المال اليه ، وان قال : لا اعرف له وارثا آخر لا يتلوم ، بل يدفع اليه المال •

---

(١) ل : فانى لا أعرفه

(٢) ص : على ما يعلم •

(٣) ك : وانما •

(٤) ك : فترتب •

(٥) ف ج م : قلنا • وقد سقطت من ب •

(٦) الزيادة من ف ج م •

(٧) عبارة (فى النسب عنده) ليست في ف ج م ب •

(٨) ف ك : تجرد •

(٩) ف ج م : وينظر • ل : وينظر فيه •

لأن الاقرار معتبر[1] بالبينة •

ولو ادعى رجل انه ابن الميت ، وشهد الشهود انه ابنه ، ولم يقولوا : لا نعلم له وارثا آخر ، فان القاضي يتلوم • ولو قالوا : لا نعرف له وارثا آخر لا يتلوم ، بل يدفع [٢٢٣ ب] اليه المال ، فكذا هذا في الاقرار •

ثم اذا دفع المال الى المدعى ، فرأى أن يأخذ منه كفيلا ، فعل[2] •

وهذا[3] قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يأخذ •

[٩٩٨] قال :

واذا أراد الرجل ان يثبت نسبه من ابيه ، وأبوه ميت ، فان القاضي لا يسمع من شهوده الا على خصم •

لأن البينة انما تقام على خصم •

ثم الخصم من ذكر[4] في الكتاب ، وهو : [اما][5] وارث الميت ، او غريم للميت عليه دين ، او رجل له على الميت حق ، او موصى له •

فاذا أحضر رجلا ادعى[6] عليه حقا لأبيه ، والمدعى عليه ذلك الحق مقر به ، او جاحد له ، فله ان يثبت نسبه ، ويسمع القاضي من شهوده

---

(١) ص : يعتبر •

(٢) ف ج : كفيلا جاز قال وهذا قول ••• ب : كفيلا فقال وهذا قول •••

(٣) ص : وهو قولهما وعند ابي حنيفة •••

(٤) ل : من ذكره •

(٥) الزيادة من ف ج ب •

(٦) ف ج م : وادعى •

بحضرة ذلك الرجل .

وقد مر هذا

[٩٩٩] قال :

وقال ابو حنيفة رحمه الله في ميراث قسم بين غرماء الميت ، لا آخذ من الغرماء كفيلا بما أدفع اليهم ، ولا آخذ من الوارث كفيلا بما ادفع اليه من الميراث ، وهذا[1] شيء احتاط القضاة فيه[2] ، وهو ظلم .

والله تعالى اعلم

* * *

(١) ف ك ب : وهو شيء ...
(٢) ف ج : احتاط به القضاة . ب : احتاط فيه القضاة .

الباب الثالث والسبعون

في اثبات الدين والحقوق على الميت

[١٠٠٠] قال :

واذا توفي الرجل وادعى رجل[١] عليه حقاً أو شيئاً مما كان في يده ، دارا ، او ضيعة ، أو غلاماً ، او عروضا ، او ادعى عليه[٢] دينا ، فخاصم[٣] في ذلك بعض الورثة ، او الوصي ، واراد أن يثبت عليه حقه ذلك بمحضر وارث واحد ، او الوصي عن الميت[٤] ، فذلك جائز على جميع الورثة .

لأن أحد الورثة ينتصب خصماً فيما يدعي عليه ، وله ؛ لأن الوراثة خلافة[٥] عن الميت ، والخلافة لا تتجزأ لأن سببها لا يتجزأ ، والسبب متى تحقق في حق الكل ، والحق غير متجزىء ، يثبت[٦] الحكم لكل واحد منهم[٧] على الكمال ، فكان الحق كاملا ، كانه ليس معه غيره ، وسبب الخلافة يتحقق[٨] في حق الكل ، والخلافة غير متجزئة ، فتثبت[٩] لكل

---

(١) س : وادعى أحد . هـ : وادعى رجل شيئاً مما كان في يده عقارا او غلاما .

(٢) هـ : وادعى عليه ، واراد ان يثبت على الوصي او بعض الورثة فذلك جائز على جميع الورثة .

(٣) ف ج ب ل : فخاصمه في ذلك لبعض الورثة .

(٤) قوله : (عن الميت) ليس في ب .

(٥) ل : خلافة عن الميت وانها لا تتجزأ .

(٦) ف ج ص : ثبت .

(٧) س ك : منهما . ب هـ ص : منهم كاملا (بسقوط عبارة : على الكمال فكان الحق) .

(٨) ف ج : تحقق . ل : قد سحقق .

(٩) ك : فثبت .

واحد منهم على الكمال ، فكان الحق الثابت عليه كالحق [٢٢٤ آ] الثابت على الميت ، والحق لو ثبت على الميت كان ثابتا فى حق جميع الورثة كذا ههنا •

[١٠٠١] قال :

فان أقر الوارث بالدين الذى ادعاه الخصم ، لزمه ذلك فى حصته ، حتى يستغرق دينه جميع حصته •

لأن الوارث انما صار خليفة[١] للمورث نظرا [له][٢] في كل ما يعجز الميت عن النظر لنفسه ، ولا نظر للميت ان[٣] جعل الوارث خليفة عنه في حق الاقرار ، كالوصى[٤] لما كان نائبا عن الميت نظرا له في كل ما يعجز الميت عن النظر لنفسه ، لم يصح اقراره على الميت[٥] كذا هنا ، واذا لم يصح اقراره على الميت بقى اقراره على نفسه[٦] ، وانما يصح على نفسه في[٧] حصته •

[١٠٠٢] قال :

---

(١) ص : خليفة عنه في حق الاقرار كالوصي لما كان ••• بسقوط جملة منها •

(٢) الزيادة من ل هـ س •

(٣) ل فى آن

(٤) هـ : كالوصي واذا لم يصح عليه بقى على نفسه وان كان المدعي عينا يدفع اليه حصته ، ولو اراد قوم ان يثبتوا ديونهم على الميت فليس لهم ذلك الا بمحضر من وارث •••

(٥) ب : للميت •

(٦) ص : على نفسه وفى حصته (بسقوط بعض الالفاظ) •

(٧) ل : وفي •

فان[1] كان الذى ادعاه الخصم شيئاً مما كان في يد الميت فأقر[2] الوارث بذلك كان حصته من ذلك للخصم •

لأنه اقرار على نفسه فيصح ، والورثة الباقون على حقوقهم ، لأنه لم يصح اقراره عليهم •

[١٠٠٣] قال :

فان ادعى قوم على الميت ديونا ، وارادوا أن يثبتوا ذلك ، فليس لهم أن يثبتوا ذلك الا بمحضر من وارث أو وصي • وليس لهم أن يثبتوا على غريم للميت عليه دين ، ولا موصى له ، ولا غريم له له على الميت دين •

اما الغريم الذى[3] للميت عليه دين ، فلأن المدعي لا يدعي عليه شيئاً ، وانما يدعي دينا فى ذمة الميت ، لكن اذا ثبت ذلك ثبتت[4] له ولاية الاستيفاء من هذا الغريم ، باعتبار انه تركه الميت[5] ، فلا يكون الغريم خصماً له ؛ بخلاف الوارث او الوصي اذا حضر فانه يخاصم الغريم الذى للميت عليه دين •

اما الوارث : فلأنه[6] يدعي ملك ما فى ذمته •

---

(١) ك : واذا •

(٢) ب : فاقرار الوارث بدين • ف : فان أقر الخصم بعين كان حصته من ذلك الخصم •

(٣) ف ج : الذى له للميت عليه دين (وهو سهو) •

(٤) ف ج : ثبت •

(٥) ل تركة للميت •

(٦) ص : لأنه •

واما الوصي[1] : فلأنه[2] يدعي حق قبض الدين [الذى][3] عليه لنفسه ، فيكون الغريم خصماً له .

واما الموصى[4] له : فلأنه[5] ليس بخليفة للميت فيما يتملك ، بل يتملك ابتداء[6] بعقد[7] الوصية . ألا ترى انه لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ، ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي . واذا لم [٢٢٤ ب] يكن خليفة الميت[8] ، لا يملك المدعى اثبات الدين عليه .

واما الغريم الذى له على الميت دين ، فكذلك ايضا .

فان لم يكن الميت اوصى الى رجل ، وكانت ورثته صغارا[9] ليس فيهم[10] من يقوم بحجته ، فينبغي للقاضى ان يجعل لهم وصيا يقوم بامرهم ، لأن فيه نظراً للغرماء وللورثة .

اما الغرماء فلأنهم يحتاجون الى اثبات حقوقهم ، ولا يتمكنون من الاثبات الا على الخصم .

واما الورثة فلأنهم يحتاجون الى من يحفظ المال عليهم ، فان اثبت الغرماء[11] حقوقهم بمحضر من هذا الوصي ، [فان]

---

(١) هـ : اما الوصي له .
(٢) ك ف هـ س : فانه .
(٣) الزيادة من ف ج م س .
(٤) هـ : اما الوصي فلأنه ليس
(٥) ك ف س : فانه .
(٦) هـ : ابتداء بالوصية بدليل الرد بالعيب والغرور .
(٧) ف : لعقد .
(٨) س : للميت .
(٩) قوله (صغارا) ليس فى ف ج ب .
(١٠) ف : ليس معهم .
(١١) قوله : ولا يتمكنون من الاثبات الا على هذا الخصم واما الورثة ... الى هنا ليس فى ف ج م . وفى هـ : وان اثبت الغرماء ديونهم للقاضي ان يستحلف كل واحد منهم .

سألوا[١] القاضي أن يأمره بدفعه اليهم من مال الميت ، فينبغي للقاضي أن يستحلف كل واحد منهم قبل ان يدفع اليهم شيئاً : بالله ما قبضت[٢] من هذا المال الذى ثبت لك من فلان[٣] الميت ، ولا من احد اداه اليك عنه ، ولا قبض ذلك قابض بأمرك ، ولا أبرأته منه ، ولا من شيء منه ، ولا أحالك بذلك ، ولا بشيء منه فلان الميت ، ولا ارتهن بذلك ، ولا بشيء[٤] منه رهنا من فلان [الميت][٥] ، وان لم يدع الوصي ذلك .

لأن الميت عاجز عن النظر لنفسه بدعوى احد هذه الاشياء ، فيحتاج الى من ينظر له ، والوصي نائب عنه ، لكن النائب قد يقصر ، ولا يبالغ في النظر ، فلا ينبغي للقاضي أن يدع النظر ، فيحلفه ، وان لم يدع الوصي ولا الوارث .

وأصل هذا الحديث الذى ذكر في الكتاب عن ابن عمر رضى الله عنهما .

فاذا حلف أمر بالدفع اليه ؛ لانه لم يثبت الاستيفاء والابراء ، وان

---

(١) س ك ص ل ب : وسالوا ... والزيادة والتصحيح من ف ج م : وقد سقطت من هـ .

(٢) سقط من نسخة هـ كلام كثير هنا فجاءت العبارة فيها على النحو التالي : (بالله ما قبضت وان لم يدع الوصي كما ذكرنا فى الباب الثالث والستين وكذا لو مات ولم يدع وارثا ولا وصيا وادعى قوم عليه حقوقا فان القاضي يجعل له وصيا فيدعون عليه لان ماله ليثبت المال فكان له ان ينصب فيها حتى يسمع الخصومة فى حق المسلمين واذا ثبت الحق يحلف المدعى كما مر) بسقوط كلام من هذه المسالة واللتين تليها .

(٣) ك : من فلان بن فلان . ب ص : من فلان ولا من احد .

(٤) ب : ولا شيء .

(٥) الزيادة من ف ج م .

نكل لم يحكم له بشيء ، ولم يأمر بالدفع ؛ لأنه ثبت الاستيفاء والابراء[1] .

[١٠٠٤] قال في الكتاب :

كان ابن عمر رضى الله عنهما وصى رجل ، فأتاه رجل بصك ، قد[2] درست أسماء الشهود فقضاه[3] المال .

وتأويل ذلك : انه كان عرف وجوب ذلك الحق على الميت ، فأما الصك فلا يكون[4] حجة درست[5] [اسماء شهوده][6] او لم تندرس .

ثم قال : يا نافع اذهب به الى المنبر فاستحلفه .

واراد به [٢٢٥ آ] منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأنه كان في المدينة .

فظاهر[7] الحديث حجة للشافعي رحمه الله فان عنده اذا أراد القاضى تغليظ اليمين يحلف عند المنبر ، او فى المسجد الجامع[8] .

وعندنا تغلظ[9] بصفات الله تعالى[10] .

---

(١) ف : او الابراء .

(٢) ف ج ك ل س م : فقال قد درست . وما اثبتناه عن ب ص ، وقد سقطت من هـ .

(٣) ف ج : فقضاه ذلك .

(٤) ل : فانه لا يكون .

(٥) ف : درس .

(٦) الزيادة من س ل .

(٧) س : والحديث حجة للشافعي ...

(٨) انظر رأى الامام الشافعي فى مسألة تغليظ اليمين بالمكان في الام : ٢٧٩/٦ ، ٣٣/٧ ، ١٨٣ ، احكام القرآن للشافعي : ١٥٥/٢ ، مختصر المزني : ٢٥٤/٥ ، ادب القاضي للماوردى جـ ٣ الفقرة ٤٢٦٩ وما بعدها .

(٩) ف ج س : تغليظ .

(١٠) مرت مسألة تغليظ الايمان فى الجزء الثاني .

وهى مسألة كتاب الشهادات •

ثم اشتبه آخر الحديث ، فانه تشوش[1] •

والصحيح من الالفاظ :

فقال[2] ذلك الرجل يا ابن عمر تريد ان تسمع بي[3] غير الذى سمع •

وما سوى هذا غلط من الكتاب[4] •

ومعنى هذا انه سمع بعض الناس دعواي وخصومتي ، وانك اتهمتني، فتريد ان تسمع الذى لم يسمع بذلك انك اتهمتني ، وانى عرفت بالامانة •

وانما قال ذلك ؛ لأن الناس يكونون مجتمعين عند المنبر[5] •

[١٠٠٥] قال :

وكذلك ان مات رجل لم يوص الى احد ، ولم يخلف وارثا ، وادعى قوم عليه مالا وحقوقاً ، فان القاضي يجعل له وصيا ، ثم يدعوهم ببيناتهم على ما يدعون بمحضر من هذا الوصي •

لأن الميت لما لم يترك وارثا كان ماله لبيت المال ، فيكون للمسلمين ، فكان للقاضى ان ينصب[6] قيما ، حتى يسمع خصومة المدعي فى حق المسلمين ، فاذا ثبت[7] الحق ، حلف المدعي على الوجه الذى مر في

---

(١) س : فتشوش ، ف ج ل : مشوش • ص ب : شوش •

(٢) ف : قال •

(٣) ف : ان تسمع لي غير الذى سمع لي •

(٤) ف ج ك : من الكاتب •

(٥) الى هنا نهاية ما سقط من نسخة هـ •

(٦) ف : ينتصب •

(٧) ف : ثبت المدعى

المسألة الاولى[1] .

[١٠٠٦] قال :

فان كان للميت ورثة في بلد آخر ، وماله وتركته ههنا حيث توفي ، فادعى عليه قوم حقوقاً وأموالا ، فان كان البلد الذي فيه ورثة الميت بلداً منقطعا عن هذا البلد ، جعل له القاضي وصيا ، وأمرهم بالتثبيت[2] عليه .

لأن الغيبة المنقطعة جعلت بمنزلة الموت ، ولو كان الوارث ميتاً[3] فان القاضي يجعل للميت وصيا ، فكذا هنا .

وان لم يكن البلد منقطعا عن ذلك البلد ، فأرادوا أن يثبتوا حقوقهم عند هذا القاضي ليحكم لهم بذلك، لم يقبل ذلك .

لأن الغيبة اذا لم تكن منقطعة لا تكون بمنزلة الموت ، فلا يكون يكون للقاضي[4] ولاية نصب الوصي عن الميت .

[١٠٠٧] قال :

فان [٢٢٥ ب] سألوا أن يسمع من شهودهم ، ويكتب لهم بما يصح عنده من أمورهم الى ذلك القاضي ، سمع ، وكان الجواب فيه كالجواب

---

(١) جاءت هذه المسألة والمسألة التى تليها فى نسخة هـ على الصورة التالية : وان لم يدع الوصي كما ذكرنا فى الباب الثالث والستين وكذا لو مات ولم يدع وارثا ولا وصيا وادعى قوم عليه حقوقا فان القاضى يجعل له وصيا فيدعون عليه لان ماله ليثبت المال فكان له ان ينصب فيها حتى يسمع الخصومة في حق المسلمين واذا ثبت الحق يحلف المدعى كما مر .

(٢) س : وامرهم بالاثبات وقد سقطت من ف ومحلها بياض فيها .

(٣) ل : صبيا .

(٤) س : عند القاضي .

في العقار[1] .

فان[2] العقار اذا كان في هذه البلدة ، والمطلوب في بلدة أخرى ، فان قاضى هذه البلدة يكتب الى قاضى تلك البلدة ، ليقضي قاضى تلك البلدة، ثم يكتب الى هذا القاضى الكاتب ليسلم اليه العقار .

وكذلك[3] ههنا ، يكتب هذا[4] القاضى الذى مات المورث فى بلده والتركة فى بلده ، الى قاضى بلدة فيها الوارث ليقضى ، ثم يكتب الى هذا القاضى الكاتب ليسلم التركة اليه .

[١٠٠٨] قال :

ولو أن رجلا توفي فجاء قوم الى القاضى ، فقالوا : ان فلانا توفي ، ولنا عليه أموال ، وقد ترك مالا ، وعدا[5] ورثته على ماله وهم يمزقونه[6]، ويتلفونه ، ويفرقونه ، وسألوا القاضى ان يأمر بالاحتياط .

يعنى يجعل التركة موقوفة حتى يثبتوا عنده[7] حقوقهم، فانه لا يجب على القاضى أن يتعرض للورثة بما[8] في ايديهم ، يعني[9] لا يجعل التركة

---

(١) هـ : كالجواب فى العقار انه يكتب الى ذلك القاضي ليقضي ثم يكتب الى الكاتب ليسلم على ما ذكرنا فى الباب التاسع والخمسين ، ولو أن رجلا توفي فجاء قوم الى القاضي ... المسالة التالية (باختصار مخل).

(٢) ص ك : لأن .

(٣) ف ج : فكذا ما بينا يكتب .

(٤) ف ج : لهذا . ب : بهذا .

(٥) س : وتعدى . ك : وغدا .

(٦) ك : يمزقونه ويفرقونه ويتلفونه .

(٧) ل : حتى يثبتوا حقوقهم .

(٨) ف ك ج : لما . ل : فيما .

(٩) س : حتى لا يجعل .

موقوفة ؛ لأن في جعل التركة موقوفة قصر[1] يد ذي اليد عن ماله بدون الحجة .

فان قالوا : لنا شهود حضور ، فقفها[2] الى آخر المجلس أو المجلس الثاني ، والوارث ممن يخاف عليه[3] الاتلاف والاسراف ، ان اشتهر[4] أن فلانا مات غارما[5] ، أو عرف القاضى هؤلاء المدعين[6] بالصلاح ، او مال قلبه الى انهم صادقون ، والوارث ممن يخـــاف[7] عليه الاتلاف والاسراف ، فالقياس ان لا يوقفه[8] القاضى .

وفي الاستحسان لا بأس بأن يوقفه[9] .

وجه القياس : أن فيه قصر ذى اليد [عن ماله] من غير حجة ، فلا يجوز ، وان قلت المدة .

وجه الاستحسان : ان فيــه نظراً[10] للغرماء ، وليس فيــه كبير ضرر[11] بالورثة ، فيجــوز[12] أن يفعله القاضي ؛ لأنــه نصب ناظــراً للمسلمين .

---

(1) هـ : قصر يدهم عن المال بغير حجة .
(2) ص س ل : نقيمها . ك نقيضها في آخر المجلس والمجلس ..
(3) س : ممن يخاف على التركة ان يتلفها او يسرق منها .
(4) ف : ان اشتبه ان فلان (كذا) مات عادما .
(5) هـ ل م ب ف : عادما وقد سقطت من س .
(6) هـ س ك : المدعيين .
(7) س : يخاف منهم الاتلاف والاسراف فى التركة .
(8) س : يوقفها .
(9) س : لا بأس بايقاف التركة . هـ : لا بأس به لما فيه من النظر للغرماء .
(10) ك ل ب : انظارا .
(11) ص : ضرر كثير .
(12) هـ : فيجوز له أن

[١٠٠٩] قال :

وكذلك سبيل[١] من ادعى وصية من [٢٢٦ آ] الثلث[٢] .

لما قلنا .

[١٠١٠] قال[٣] :

ولو أن رجلا ادعى دينا على الميت ، وقدم وارثا من ورثته الى القاضي ، فأقر له الوارث بحقه ، فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ، ويلزم ذلك جميع الورثة ، فان القاضي يقبل[٤] منه ، ويسمع من شهوده ، ويحكم[٥] له في جميع مال الميت[٦] بدينه .

وكذا[٧] لو أقر بذلك جميع الورثة ، فان القاضي يقبل منه ويسمع [بينته][٨] .

لأن المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم ؛ لأنه ربما يكون للميت غريم غائب يحضر[٩] ودينه ظاهر ، ودين[١٠] المقر له باقرار

---

(١) ف : وكذلك سال .

(٢) ص ل : وصية من الميت كما قلنا . وعبارة هـ : بالثلث ثم ذكر سماع البينة على الوارث المقر بالدين والوصية وقد ذكرنا . ولو كان له ورثة كبار غيب وورثه صغير حاضر يجعل ...

(٣) سقطت هذه المسألة من هـ .

(٤) ف ج : لم يقبل .

(٥) ف ج ك : وحكم .

(٦) ف : مال اليتيم بدينه .

(٧) سقطت هذه المسألة من هـ .

(٨) الزيادة من س .

(٩) ب : فحضر .

(١٠) س : ودين هذا باقرار الورثة .

الورثة لا يظهر في حق ذلك ، فكان محتاجاً الى اثبـات الدين في حـق غيرهم ، ولا يثبت ذلك الا بالبينة ٠

وقد تقدمت هذه المسألة ٠

وكذ[1] الموصى له لو ادعى الوصية فأقر له وارث بوصية[2] واراد الموصى له ان يثبت وصيته عند القاضى بالبينة ، فالقاضى يقبل منه البينة على هذا المقر ، ويحكم بوصيته[3] على جميع الورثة فى مال الميت ٠

وكذا لو أقر جميع الورثة ٠ لما قلنا ٠

[١٠١١] قال :

ولو أن رجلا ادعى دينا على الميت ، وله ورثة ، كبار غيب ، وله وارث صغير حاضر ، قال : يجعل له القاضى وكيلا يخاصم [عنه][4] المدعي، فان قضى على الوكيل ، فهو قضاء على جميع الورثة ٠

لأن القاضى له ولاية نصب الولي[5] فى حصة الصغير ، والصغير من أهل أن يدعى للميت ويدعى عليـه على الميت ، لكنـه عاجز ، فاذا نصب عنه وكيلا صار[6] كما لو كان بالغا فخوصم واثبت عليه الحق ، ولو كان كذلك كان القضاء عليه قضاء على جميع الورثة ، كذا هنا ٠

[١٠١٢] قال :

ولو أن رجلا مات وله ابنان كبيران ، احـدهما حاضر ، والآخـر

---

(١) سقطت هذه المسالة من هـ ٠
(٢) ب : بوصيته ٠
(٣) ف : وصيته ٠
(٤) الزيادة من ف ج س ل ٠
(٥) ب ل ص : نصب الوصي ٠
(٦) ف : جاز ٠

غائب ، فادعى الحاضر ان[1] له على ابيه الف درهم ، وأن لأبيه على رجل احضر[2] معه [٢٢٦ ب] الف درهم ، وسأل القاضي أن يسمع من [شهوده[3] على الرجل بدين ابيه ، ومن شهوده على ابيه ، فالقاضي يسمع من] الشهود الذين يشهدون للأب ، ويحكم للأب على الاجنبي بالف درهم، ولا يسمع من شهود الابن الا بمحضر من وارث معه ، او وصي •

اما الاول ، فلأن احد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في ما يدعى للميت •

واما الثاني : فلأن تقدم الانكار شرط سماع البينة ولم يوجد ههنا انكار احد الورثة ليقوم مقام انكار الميت •

[١٠١٣] قال[4] :

ولا يجوز اقرار الوصي بدين على الميت[5] لاحد من الغرماء ، ولا يجوز اقراره بشيء من تركة الميت •

---

(١) س : على ان له •

(٢) س : احضره •

(٣) هـ : من شهوده على الحقين فانه يسمع شهوده على دين الاب ويحكم الاب على الاجنبي بالف درهم ؛ لأن احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعي للميت ، ولا يسمع من شهود الابن الا بمحضر من وارث معه او وصي ؛ لأن تقدم الانكار شرط سماع البينة ••• الخ •

(٤) قول : (قال) ليس في ص •

(٥) هـ : بدين على الميت ولا بشيء من التركة ؛ لانه اقرار الغير على الغير فتكون شهادة وانها غير مقبولة ، الا ان يكون الوصي وارثا فيجوز في نصيبه ، ولو مات وترك الفا ••• المسالة التي ستلي هذه المسألة •

لأن هذا اقرار الغير على الغير[١] ، واقرار الغير على الغير شهادة ، وشهادة الفرد لا تكون حجة ، فلا يصح هذا الاقرار ، الا أن يكون هذا الوصي وارثا ، فأقر بذلك جاز اقراره في حصته[٢] خاصة دون سائر الورثة ؛ لما انه وارث ، لا لما انه وصي .

[١٠١٤] قال :

ولو[٣]ان رجلا مات وعليه دين ، وترك الف درهم ، وترك ابنا ، فقال الابن : هذه الالف وديعة كانت عند ابي لفلان ، وجاء فلان يدعي ذلك ، فصدقه غرماء الميت فى ذلك ، وقالوا : الالف لفلان ، أو كذبوه ، وقالوا الالف للميت ، او لم يصدقوه ، [ولم يكذبوه] ، وقالوا : لا ندرى لمن[٤] هى ، فان القاضي يقضى للغرماء بالالف على الميت ، ولا يجعلها لمدعي الوديعة .

لأن اقرار الورثة وتصديق الغرماء لم يصح .

اما اقرار الورثة فلأن احاطة الدين بالتركة تمنع ملك الورثة فكان اقرار الورثة اقرارا فى ملك الغير فلم يصح .

واما تصديق الغرماء [فلم يصادف محله][٥] لوجهين :

احدهما : ان التركة لم تصر مملوكة لهم ، انما لهم حق استيفاء الدين من التركة ، فكان هذا اقرارا في ملك الغير ، وهو الميت .

والثاني : ما اشار اليه صاحب الكتاب ، أن [٢٢٧ آ] القاضى لا

---

(١) س : على الغير وانه شهادة ، وقد سقطت هذه العبارة من ف .
(٢) ف م : على حصته .
(٣) هـ : ولو مات وترك الفا وابنا وعليه [دين] فقال الابن .
(٤) س : لمن المال .
(٥) الزيادة من س وفى ف ك وسائر النسخ : واما تصديق الغرماء فلوجهين .

يصدقهم على الميت ان يتركوه مرهونا بالدين ، لكن في الوجه الاول ، وهو ما اذا صدقه غرماء الميت ، واذا قضى القاضي بها لهم[1] [من ديونهم على الميت][2] يرجع المودع فيأخذها منهم باقرارهم انها له .

هذا اذا أقر .

وكذلك اذا جحد ، وقال : الالف لأبي .

او لم يقر ولم يجحد ، وقال : لا ادرى لمن هي فهذا والاول سواء .

فان أراد مدعي الوديعة استحلاف الابن في الوجه الثاني ، وهو ما اذا جحد فلا يمين عليه .

لأناليمين انما كانت لرجاء النكول ، ولو أقر صريحاً[3] لم يصح اقراره ، فلا يفيد شرع اليمين .

وهذه المسألة من اعجب المسائل[4] ، لم تعرف الا من صاحب الكتاب .

واذا عرفت الجواب في الوديعة فكذا الجواب في المضاربة والبضاعة[5] ، والعارية ، والاجارة ، والرهن ، اذا كان في يد الميت عين فأقر[6] بشيء من هذا .

والله سبحانه وتعالى اعلم

---

(١) ك : واذا قضى القاضي بها اياهم . ص ف ج ب : أيا منهم .
(٢) الزيادة من ل .
(٣) ف : صحيحا .
(٤) قوله : (من اعجب المسائل) ليس في ل . وفي هـ : لا يمين عليه لانه لو اقر لا يصح اقراره وهذه المسألة من اعجب المسائل .
(٥) س : والمباضعة . وما اثبتناه من ل ك ب ف ص ج هـ م .
(٦) ل س : فاقروا .

الباب الرابع والسبعون

في الرد بالعيب

[١٠١٥] ذكر[١] حديث الضحاك[٢] : أن الضحاك بن قيس اختصم ابيه في جارية وجد بها الدبيلة[٣] ، وهى داء قديم ، يعرف أنه ليس مما

---

(١) ص : روي أن الضحاك ... وقد سقطت هذه المسألة كلها من نسخة هـ .

(٢) الضحاك هو الضحاك بن قيس بن خالد الاكبر بن وهب بن ثعلبة ، القرشي الفهري يكنى ابا انيس وقيل : ابو عبدالرحمن وهو اخو فاطمة بنت قيس كان اصغر منها ، قيل انه ولد قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسبع سنين او نحوها وروى عن النبي احاديث ، وقيل لا صحبة له ولا يصح سماعه من النبي صلى الله عليه وسلم . وكان على شرطة معاوية ثم استعمله على جيش فى العراق ، ثم استعمله على الكوفة بعد زياد سنة ٥٣ وعزله سنة ٥٧ ، ولما مات يزيد بايع الضحاك عبدالله بن الزبير فقاتله مروان بن الحكم بمرج راهط فقتل الضحاك بالمرج خدعة وكان قتله سنة ٦٤هـ روى عن الحسن البصري ، وتميم بن طرفة ، وسماك ، وميمون بن مهران وغيرهم . انظر اسد الغابة : ٣/٤٩ رقم ٢٥٥٧ ، الاستيعاب : ٢/١٩٧ ــ ١٩٨ ، الاصابة : ٢/١٩٩ رقم ٤١٦٩ ، طبقات ابن سعد : ٥/٢٧ ــ ٢٩ .

(٣) ف ج ص : الدملة . والدبيلة والدملة بمعنى واحد ، وهى داء فى الجوف او خرّاج ، او دمّل يظهر فيه ، والدبيلة كجهينة كالدبلة بالضم والفتح (قاموس : دبل : ٣/٣٨٤) والدمل كسكر وصرد : جمع دماميل (قاموس : دمل : ٣/٣٨٨) قال ابن الاثير : وفى حديث عامر بن الطفيل : « فاخذته الدبيلة » هى خراج ودمل كبير تظهر فى الجوف فتقتل صاحبها غالبا وهى تصغير دُبلة (نهاية : ٢/٩٩) .

يحدث[1] مثله ، فقضى به على البائع ، قال سفيان[2] : قول الضحاك أحب الي من قول شريح[3] ، اذا كان يعرف[4] انه ليس مما يحدث مثله أن يرد بغير بينة[5] •

---

(1) س : ليس بمحدث فقضى •

(2) سفيان ـ كما سيرد في تخريج الخبر ـ هو سفيان الثوري ، وهو ابو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب ، الكوفى الامام الجامع لأنواع المحاسن ، وهو من تابعي التابعين ، ولد سنة سبع وتسعين ، وسمع ابا اسحق السبيعي ، وعبدالملك بن عمير ، وعمرو بن مرة ، وخلائق من التابعين ، وروى عنه محمد بن عجلان ، والاعمش ، ومعمر ، والاوزاعي ، واتفقوا على وصفه بالبراعة فى العلم بالحديث والفقه والورع والزهد ، واحواله مشهورة اكثر من ان تحصر ، او تحصى ، وقل ان تجد كتابا فقهيا الا وتجد اسمه بين اصحاب المسائل والآراء الفقهية ، توفى سنة ١٦١هـ وقيل غير ذلك • انظر ترجمته فى تاريخ بغداد : ٩/١٥١ ، تهذيب الاسماء واللغات : ١/١/٢٢٢ ، رقم ٢١٥ ، طبقات الفقهاء للشيرازى : ٦٥ ، حلية الاولياء : ٦/٣٥٦ ، خلاصة تذهيب الكمال : ١٢٣ ، شذرات الذهب : ١/٢٥٠ ، طبقات القراء لابن الجزرى : ١/٣٠٨ ، طبقات المفسرين للداوودى : ١/١٨٦ ـ ١٩٠ رقم ١٨٦ ، طبقات الحفاظ للسيوطى : ٨٨ رقم ١٨٠ وفيهما مراجع ، الفهرست لابن النديم ٣٢٨ ـ ٣٢٩ وذكر لـه ثلاثة كتب ورسالتين ، تذكرة الحفاظ : ١/٢٠٣ ـ ٢٠٧ رقم ١٩٨ ، هامش كتاب آداب الشافعي بتحقيق استاذى الشيخ عبدالغني عبدالخالق : ٦٠ وفيه مراجع •

(3) شريح : هو شريح القاضي كما سيتضح من تخريج الخبر •

(4) س : يعلم انه ليس بمحدث أن يرد •

(5) ف : ان يرد بقرينة • وما اثبتناه عن الاصل ك وبقية النسخ، وخبر الضحاك بن قيس انه اختصم اليه فى جارية وجد بها الدبيلة ••• رواه الامام عبدالرزاق الصنعانى من طريق سفيان الثورى ، عن اشعث =

فقد اشار سفيان الى [أن](١) هذه المسلة مختلفة بين التابعين :

فكان من مذهب شريح : أن من اشترى جارية ، ووجد بها عيبا لا يحدث(٢) مثله في مثل تلك المدة ؛ نحو الاصبع الزائدة ، وغيره ، أن المشتري لا يملك الرد على البائع الا باقراره ، او باقامته(٣) البينة ، وعلى

=

عن علي بن مدرك قال : « اختصم الى الضحاك بن قيس فى سلعة وجد بها الدبيلة ، وهو داء قديم يعرف انه ليس مما يحدث فقضى به على البائع .
قال سفيان : واخبرنى سليمان الشيبانى عن الشعبى عن شريح انه كان يقول له : ان الناس يعلمون ذلك يقول : انه لا يحدث ، فقال : ائتني برجلين من الناس انه باعك وبه ذلك الداء ، وقول الضحاك احب الى سفيان اذا كان يعرف انه ليس مما يحدث انه يرده بغير بينة ، ويؤخذ يمين المشترى انه لم يره قبل ان يشتريه ، ولم يرضه بعد ما رآه ، ولم يعرضه على البيع بعد ما رأى الداء ، اذا كان يعلم انه لا يحدث » (المصنف: ١٥٧/٨ ـ ١٥٨ رقم ١٤٧٠٥ ، ١٤٧٠٦) ورواه وكيع بلفظ : حدثنا الرمادى ، قال : حدثنا يزيد ، قال : حدثنا سفيان ، قال : حدثنا الاشعث، عن ابن مدرك ، « ان الضحاك بن قيس اختصم اليه فى سلعة وجد بها الدبيلة وهو داء قديم ، فعرف انه ليس مما يحدث ، فقضى به على البائع ، قال وكان شريح يسأل البينة انه ابتاعه وبه ذلك الداء ، وقول الضحاك احب الي » وروى عن الرمادى قال : حدثنا يزيد ، قال حدثنا سفيان ، عن سليمان الشيبانى عن الشعبي ، عن شريح ، انه « قيل له : ان الناس يعلمون ذلك ، قال فأتني برجلين من الناس انه باعك وبه ذلك الداء » (اخبار القضاة : ٢٥٨/٢ ـ ٢٥٩) .

(١) الزيادة من س ص .

(٢) ل : لا يعرف مثله .

(٣) ب ل ف ص : باقامة .

قول الضحاك ترد على البائع بدون الاقرار وبدون البينة • فاخذ سفيان يقول الضحاك •

وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله •

لأن العيب متى كان لا يحدث مثله في تلك المدة عادة ، ثبت وجوده في يد البائع عادة ، واحكام الشرع مبنية[1] على [٢٢٧ ب] عادات الناس •

واذا ثبت وجود العيب في يد البائع ، ثبت له حق الرد به •

ثم قال في الحديث : وجد بها الدبيلة[2] ، وتكلموا فيها :

قال اكثرهم : هو نوع من الطاعون •

وقال بعضهم : هي الدماميل القروح •

وقال بعضهم : [هي] داء لا دواء له •

وأيا[3] ما كان [فهي][4] تثبت[5] له حق الرد بالعيب • واذا ثبت له حق الرد بالعيب ، فالقاضي هل يحلف المشتري : بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب ؟

فهذا على وجهين :
اما ان ادعى البائع على المشتري
او لم يدع •

---

(١) س : مبنية على ذلك •
(٢) ك : الدملة •
(٣) س : أيا ما كانت فهي تثبت به حق الرد ، ف واما
(٤) الزيادة من س •
(٥) ل ب ثبت •

ففي الوجه الاول : يحلفه بالاجماع •

وفي الوجه الثاني : لا [يحلفه][1] •

وعن ابي يوسف رحمه الله : انه يحلفه كما يحلفه[2] غرماء الميت، وان لم يطلب الوارث او الوصي بالاجماع •

وقد مر[3] هذا فيما تقدم •

ثم كيف[4] يحلف اذا ادعى بالاجماع ، أو اذا لم يدع عند أبي يوسف رحمه الله ؟

ذكر[5] في الكتاب وقال :

يحلفه بالله ما رأيته قبل ان تشتريه[6] ، ولا رضيت به بعد ما رأيت الداء ، ولا عرضت على البيع بعد ما رأيت الداء •

واكثر القضاة على ان يحلفه بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذى يدعي البائع لا صريحا ولا دلالة •

لأن الاسباب المسقطة للرد بالعيب كثيرة ، ولا يتمكن البائع ان[7] يذكر جميع تلك الاسباب ، فيحلفه على هذا الوجه حتى يحصل مقصوده[8] •

---

(١) الزيادة من ل •
(٢) س ب : كما يحلف •
(٣) س : وقد تقدم •
(٤) ف ج ك : ثم كيف يحمل •
(٥) ل : فقد ذكر •
(٦) س : اشتريته وقوله (قبل ان تشتريه) ليس فى ل •
(٧) س : ان يرد بجميع •
(٨) الى هنا نهاية ما سقط من نسخة هـ •

[١٠١١٠] قال :

ولو أن رجلا قدم رجلا الى القاضى ، وقد كان اشترى منه عبدا ، أو أمة ، او ثوبا ، أو شيئاً من الاشياء التى تكون فيها العيوب ، وأحضر ذلك الشيء الى القاضى ، وقال : اشتريت هذا من هذا الرجل ، وقد ظهر فيه عيب كذا ، فهذا على وجهين :

اما أن يكون العيب حقيقياً .

أو يكون حكميا[١] ، نحـو الاباق ، والسرقة ، والجنون ، والبول في الفراش .

والحقيقي لا يخلو :

اما أن يكون ظاهرا ، او غير ظاهر .

والظاهر لا يخلو :

اما ان كان لا يحدث [٢٢٨ آ] مثله في هذه المدة ، او يحدث .

وغير الظاهر لا يخلو :

اما ان يعرف بقول[٢] الاطباء او بقبول النساء .

اما الحقيقي[٣] [فانه][٤] اذا كان ظاهرا ، وهو لا يحـدث مثله ، فالقاضي يرده ، ولا يلتفت الى انكار البائع .

وهل يحلف المشتري ؟

---

(١) ف : حكماً .

(٢) ف : بقوله .

(٣) هـ : اما الحقيقي فى الوجه الاول فالقاضي يرده ، ولا يلتفت الى قول البائع ، وهل يحلف المشترى بالله ما سقط حقك في الرد ان ادعى البائع ذلك ؟ يحلف بالاجماع وان لم يدع لا . وعن ابي يوسف ... الخ .

(٤) الزيادة من ل .

تقدم[1] الكلام فيه .

وأما اذا كان[2] ظاهرا ، وهو يحدث مثله ، فيسأل القاضي البائع عن العيب ، فان أقر انه باعه هذا الشيء وبه هذا العيب ينظر فيه : ان لم يدع البراءة ولا الرضى به رده عليه .

وعن ابي يوسف رحمه الله انه يحلف المشترى[3] .

فان[4] ادعى فقال : قد علم المشتري بهذا العيب حين اشتراه أو قال[5] [البائع][6] : بعته اياه على انى برىء من هذا العيب او من كل عيب به ، او قد علم بالعيب بعد ما اشتراه ورضى به ، فاريد ان احلفه على ذلك ، فان القاضي يحلف المشتري ؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فاذا انكر يستحلف .

ثم كيف يحلف اذا ادعى بالاجماع[7] ، او اذا لم يدع عند ابي يوسف رحمه الله ؟

ذكر في الكتاب انه يحلف بالله[8] ما علمت بهذا العيب حين اشتريته ،

---

(١) س ك : قد مر الكلام فيه .

(٢) س : اما اذا كان الظاهر مما يحدث .

(٣) قوله (المشترى) ليس فى س هـ . وفى هـ هنا : وعن ابي يوسف رحمه الله انه يحلف كما فى الغرماء فى دعوى الدين على الميت ثم كيف يحلف ...

(٤) ك ص : وان .

(٥) ك : وقال .

(٦) الزيادة من ف ج م .

(٧) هـ : ثم كيف يحلف فيما اذا ادعى البائع ولم يدع عند ابى يوسف .

(٨) هـ : بالله ما رأيته قبل ان تشتريه ولا رضيت به بعدما رأيته، ولا عرضته على البيع بعد ما رأيت ، واكثر القضاء على انه يحلف ...

ولا ابرأته ، ولا رضيت به منذ رايت العبد ولا عرضته على بيع بعد علمك بالعيب ، ولا خرج من ملكك ، ولا شيء منه •

واكثر القضاة على انه يحلف على ما قلنا •

فاذا حلف على ذلك رده القاضى على البائع بذلك العيب ؛ لأن سبب الرد قد[1] وجد ، والمسقط لم يظهر •

ذكر في الكتاب [في][2] كيفية الاستحلاف : ولا اخرجته من ملكك•

قال الجصاص[3] في شرح هذا الكتاب : لا فائدة فى هذه الزيادة ؛ لأن الخروج عن ملكه ليس بمسقط حق[4] الرد لا محالة ، ألا ترى انه لو وهبه من انسان ثم وجد به عيبا فانه يرده على البائع ، وكذا لو باعه المشتري من انسان آخر ولم يعلم بالعيب ، فرد عليه بالعيب ، فان المشتري الاول يملك رده على بائعه ، فدل على انه لا فائده في[٢٢٨ب]هذه الزيادة ، لكن لو ادعى البائع كون العين[5] خارجة عن ملك المشتري للحال ، فالقاضى[6] يحلفه على ذلك •

لأن الخصومة في العيب لا تتوجه ما لم تكن[7] العين قائمة على ملكه للحال •

وان كان العيب غير ظاهر فانما يعرفه الاطباء ؛ نحو وجع الطحال ، والكبد ،

---

(١) ف : وقد وجد المسقط لم يظهر ذكره فى الكتاب •
(٢) الزيادة من ب ف ج س وفى ل : في التحليف •
(٣) ف ج ص : قال الخصاف ، وهو تصحيف •
(٤) ل هـ : لحق •
(٥) ك ف ج ب : كون العيب خارجا • ص : كون المبيع خارجا •
(٦) ف : القاضي على ذلك لا يحلفه •
(٧) ص : ما لم يكن المبيع قائما ، ك ل هـ : ما لم يكن العين قائما•

فان القاضي يريه الأطباء ، والواحد في هذا يكفي ، فيقبل[١] قوله في حق توجه الخصومة ، واليمين على البائع • ولا يقبل في حق الرد ؛ لأن قول[٢] الواحد لا يكفي[٣] فيما يطلع عليه الرجال للرد •

اما اذا كانا[٤] اثنين عدلين[٥] فسيأتي في آخر الباب •

فان قال المشتري للقاضي قبل ان يسأل الطبيب : سل البائع عنه فانه[٦] يعلم ان به هذا العيب في هذه الحالة ، فينبغي للقاضي ان يسأل البائع[٧] هل هذا العيب الذي ذكره المشتري بهذا العبد في هذه الحالة •

فان قال : لا يسأل[٨] المشتري من القاضي ان يحلفه بالله ما يعلم أن به هذا العيب الساعة ، وفيه خلاف على ما نبين •

فان قال : نعم ، ثبت العيب •

ثم سأله القاضي : هل بعته اياه وبه هذا[٩] العيب ؟

ان قال : نعم فالقاضي يرده عليه

وان قال : لا ، انما هو عيب حدث عند المشتري ، فالقول قوله مع

---

(١) ب س ف : لا يكفي فلا يقبل •

(٢) س : لان شهادة الواحد •

(٣) ف ك : لا تكفي شهادته • ل : لان قول الواحد شهادة فيما يطلع عليه الرجال وهو لا يكفي في الرد •

(٤) ف : كان

(٥) س : اما اذا كانا ثقتين عدلين •

(٦) ف : بانه ما يعلم •

(٧) ص : البائع عن ذلك هل •••

(٨) ل : فسأل •

(٩) ك : وهذا العيب به •

يمينه : بالله[1] لقد بعته هذا العبد ، وسلمته اليه وما به هذا العيب .

لأنه لما ثبت العيب عند المشتري باقــــرار البائع ثبت حق الخصومة بالاجماع ، فيثبت حق الاستحلاف[2].

فان نكل يرد[3] على البائع .

فان حلف يقول القاضى للمشتري : ان كان لك بينة ان هذا العيب كان عنده احضرها .

فان كان العيب مما يعرف بقول النساء فالقاضى يريه[4] النساء ، ويقبل قول النساء في حق توجه الخصومة ، واليمين على البائع لا في حق الرد .

والمرأة الواحدة في هذا الباب تكفى .

والثنتان أحوط [٢٢٩ آ] .

وهذا جواب ظاهر الرواية .

وروى[5] الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أن الرد يثبت بشهادة النســاء .

وجه تلك الرواية : ان شهادة النساء فيما لا يطـــلع عليه الرجال بمنزلة شهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال ، ولو ثبت العيب فيما يطلع عليه[6] الرجال بشهادة الرجال يثبت له حق الرد .

كذا اذا ثبت العيب فيما لا يطلع[7] عليه الرجال بشهادة النساء .

---

(١) ف : يحلف بالله .

(٢) ف : حق الاستحقاق .

(٣) س : رده .

(٤) ف ج ك ص : يري .

(٥) س : وروي عن ابي حنيفة .

(٦) قوله : الرجال بمنزلة شهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال .. الى هنا ليس فى ف ج ب .

(٧) ص : يطلع .

وجه ظاهر الرواية ان شهادة النساء فيما لا يطلع[1] عليه الرجالُ حجة ضرورية ، والضرورة في حق اثبات الخصومة على البائع ، واليمين[2] على البائع لا في حق الرد ؛ لأن الرد يتصور بحجة اخرى ، وهو نكول البائع .

واما اذا كان العيب حكميا ، فادعى المشتري انه آبق ، او سارق[3] ، او مجنون ، او يبول في الفراش ، لا يثبت له حق الخصومة ، ما لم يثبت هذا العيب في يد المشتري باقامة البينة انه أبق ، او سرق ، او جن ، او بال [في الفراش][4] في يده ، فان لم تكن له بينة ، وسأل القاضي أن يحلف البائع ما يعلم انه أبق ، او سرق او جن ، او بال في الفراش عند المشتري ، قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله : له ذلك .

وهكذا ذكر في الجامع الكبير[5] .

ولم يذكر قول ابي حنيفة رحمه الله .

واختلف المشايخ على قوله[6] .

والصحيح انه لا يحلف .

---

(١) قوله : (عليه الرجال بشهادة النساء وجه ظاهر الرواية ان شهادة النساء فيما لا يطلع) ليس في ب ص .

(٢) ب : التمكين . (وهو تصحيف) .

(٣) س : أبق او سرق .

(٤) الزيادة من س .

(٥) قوله : وهكذا ذكر في الجامع الكبير قلت انظر ذلك في باب العيب في البيع ما يكون عيبا وما لا يكون من كتاب الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ص ٢٥٦ .

(٦) ف : في قوله .

هما يقولان : المشتري[١] يدعي على البائع معنى لو اقر به لزمه[٢] ، فاذا أنكر يستحلف .

وأبو حنيفة رحمه الله يقول : الاستحلاف يترتب[٣] على الخصومة ، والخصومة انما تتوجه من المشتري اذا ثبت وجود العيب بالمبيع في الحال ، ولم[٤] يثبت .

ثم اذا[٥] ثبتت هذه العيوب عند المشتري بالبينة بالاجماع او نكول البائع عن اليمين على العلم عندهما الان[٦] يحلف البائع البتة .

ثم كيف يحلف ؟

اما في الجنون فيحلف[٧] : بالله لقد باعه اياه وقبضه [٢٢٩ ب] المشتري وما جنّ قبل ذلك قط .

وفي ما سوى الجنون يحلف : ولا أبق ، ولا سرق ، ولا بال على الفراش ، منذ بلغ مبلغ الرجال .

لأن الجنون سببه متحد[٨] ، وهو فساد في الباطن ، فاذا كان السبب متحدا ، كان العيب في نفسه متحدا .

---

(١) س : ان المشتري .

(٢) ك : يلزمه .

(٣) ل : يتوقف . هـ : الاستحلاف تبرئة على الخصومة .

(٤) ف : او لم يثبت .

(٥) س : ثم انه اذا أثبت .

(٦) س ف : الا ان .

(٧) ف س : يحلف .

(٨) س متجدد .

فأما في ما عدا الجنون فالسبب مختلف ، فان سبب[1] السرقة في حالة الصغر قصور عقله ، وفي حالة الكبر قلة المبالاة ، وسبب البول على الفراش في حالة الصغر ضعف المثانة ، وفي حالة الكبر داء[2] في بطنه ، وسبب الاباق في حالة الصغر حب اللعب ، وفي حالة الكبر[3] قلة المبالاة •

فاذا كان السبب مختلفا كان العيب في نفسه مختلفا •

فاذا حلف على هذا الوجه ، ان حلف فلا[4] شيء عليه حتى يثبت[5] المشتري بينة على ذلك ، وان نكل رد[6] القاضي عليه •

[١٠١٧] قال :

فان اشترى غلاماً صغيرا فوجده[7] يبول في الفراش ، ان كان بحال يبول[8] في الفراش عادة ، لا يملك الرد بالعيب •

لأن الصبيان في هذه الحالة لا يخلون من البول في الفراش ، فلما اشتراه مع العلم بحاله صار راضيا به •

---

(١) ف : السبب • س : فاذا كان السبب السرقة في حال •••

(٢) هـ : لداء •

(٣) ف : الكبير •

(٤) ف ك ج ب : لا شيء •

(٥) س : حتى يقيم المشتري بينته على ذلك • هـ : حتى يثبت المشتري ذلك بالبينة • ك : حتى يثبت المشترى البينة على ذلك • ب ف: حتى يثبت المشتري ببينة عليه •

(٦) س : رده •

(٧) ف : ووجده •

(٨) س : ان كان بحال يبول عادة لا يمكن الرد • ب : يبول على• ف ج : ان كان بحال لا يبول على الفراش عادة لا يمكنه الرد •

وان كان بحال لا يبول في الفراش عادة يملك الخصومة •

لأن الصبيان في هذه الحالة يخلون عن البول في الفراش عادة ، فكان له أن يرد[١] على البائع بهذا العيب •

ثم ان صاحب الكتاب أشار الى ان الصبيان الذين يبولون في الفراش أن يكون رباعياً ، او خماسياً ، فاذا جاوز هذا فالبول فيه عيب ، فان لم يخاصمه[٢] حتى بلغ وهو يبول في الفراش ، فانه لا يملك الخصومة في الرد بالعيب •

لأن هذا عيب متجدد[٣] فلا يملك الرد به •

[١٠١٨] قال :

ولو أن رجلا اشترى جارية على انها بكر ، فطعن المشتري انها ثيب[٤] ، فان القاضي يريها [٢٣٠ آ] النساء •

لأن البكارة لا يعرفها الا النساء •

فان قلن : هي بكر ، فلا سبيل للمشتري على البائع ؛ لأن قول النساء تأيد بمؤيد ، وهو الظاهر ، فان البكارة في النساء أصل • واذا تأيد بمؤيد ، لم يبق له على البائع سبيل ، ولزم البيع •

وان قلن[٥] : انها ثيب تتوجه الخصومة على البائع ، فيحلف : بالله لقد بعتها وسلمتها اليه وهي بكر •

فان حلف فلا شيء عليه •

---

(١) س : يرده •
(٢) س ف : يخاصم •
(٣) س : متحد • ف : تجدد •
(٤) ف ب ج : على انها ثيب • س : المشتري بعيب الثيابة فان••
(٥) ف : ظن •

وان أنكر[1] لم يثبت عدم البكارة عند البائع .

وان نكل عن اليمين ردت عليه ، لانه ثبت[2] .

[١٠١٩] قال :

وان ادعى المشتري أن بها حبلا فالقاضي أراها النساء . فان قلن : ليس بها حبل ، فلا سبيل للمشتري على البائع ، والبيع لازم .

لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد .

لأن الاصل في النساء هو الفراغ .

وان قلن[3] : انها حامل ، حلف البائع : بالله لقد بعتها منه ، وسلمتها اليه ، وما بها هذا الحبل ، كما ذكرنا في البكارة .

ثم ذكر في الكتاب : وقال بعض اصحابنا : لا أحلف البائع على ذلك ؛ لأن المرأة لا تعرف حقيقة أن بها حبلا[4] فكيف يعرفها غيرها فكانت شهادة النساء في هذا شهادة [على][5] غيب .

ذكر صاحب الكتاب انه قال بعض اصحابنا ، ولم[6] يذكر القائل ، لأن الفقهاء لم يأخذوا بهذا القول ؛ لأن النسوان يعـــرفن ذلك بعلامات وامارات .

---

(١) ب : نكل .

(٢) س ص : لانها ثيب . وما اثبتناه عن ك وبقية الاصول ..

(٣) هـ : وان لم يقلن انها حامل .

(٤) ف ب : لا تعرف فى الحقيقة انها حبلت . هـ : لا تعرف ان بها حبلا حقيقة .

(٥) الزيادة من س . وفى هـ : فكان شهادة النساء فى هذا شهادة غيبه .

(٦) س : ولم يسمه لان الفقهاء ...

[١٠٢٠] قال :

فان كان المشتري مستهلكا[١] فادعى المشتري العيب ، ليرجع بنقصان العيب على البائع ، فالجواب في الرجوع بنقصان العيب بعد الهلاك على البائع ، بمنزلة الرد بالعيب قبل الهلاك ، ما لم يثبت العيب عنده لا يثبت له حق الخصومة ، فكذا في الرجوع بنقصان العيب بعد الهلاك •

[١٠٢١] قال :

فان[٢] كان المشتري ادعى بالجارية المشتراة عيبا[٣] ، وهو في موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل[٤] الرتقاء[٥] والعفلاء [٢٣٠ ب] وغير ذلك ، فان القاضي يريها النساء ، فان قلن[٦] : ان هـذا العيب بهـا ، فهـذا على وجهين :

---

(١) س : استهلكها •

(٢) هـ : وان ادعى انها رتقاء او عفلاء او نحو ذلك فان القاضي

(٣) س : عيبا عي موضع •

(٤) س : كالفعل والرتق •

(٥) الرتقاء : المراة بينة الرتق لا يستطاع جماعها (قاموس رتق ٣/٢٤٣) وذلك لانسداد فرجها (طلبة الطلبة : ١١١) وامراة عفلاء قال في المصباح : اذا خرج من فرجها شيء يشبه ادرة الرجـل وقـال ابن الاعرابي : العفل لحم ينبت في قبل المراة وهو القرن ، قالوا : ولا يكون العفل في البكر وانما يصيب المراة بعد الولادة ، وقيل هي المتلاحمة ايضا ، وقيل هو ورم يكون بين مسلكي المراة فيضيق فرجها حتى يمتنع الايلاج (المصباح : عفل : ٢/٦٤٠) •

(٦) هـ : فان قلن بها هذا العيب ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن ما لم يحلف البائع او ينكل بالاتفاق ، وان كان قبله قال ابو يوسف [يرد] من غير يمين وقال محمد ••• الخ •

اما ان كان بعد[1] القبض ، او قبل القبض ٠

فان كان بعد القبض [فقد] اتفقوا انه لا يرد القاضى بقولهن ما لم يحلف البائع او ينكل ٠

وان كان قبل القبض [فقد] اختلفوا فيه ٠

قال ابو يوسف : يرد من غير يمين البائع ٠

وقال محمد : هما سواء ، ولا يرد حتى يحلف البائع[2] ٠

قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله :

وروي عن محمد في النوادر ضد ما ذكر صاحب الكتاب ، فانه روي عنه انه قال : اذا طعن المشتري بمثل هذا العيب ، فأراها[3] القاضى النساء فقلن : ان هذا العيب بها ، فالقاضى يردها[4] على البائع ، وان كان بعد القبض ٠

فمحمد رحمه الله يقول :

حق الرد ينبني على ظهور السبب ، وهو العيب ، والعيب لا يظهر بشهادة النساء على الانفراد ، فلا يثبت له حق الرد [فصار][5] كما بعد القبض ٠

وابو يوسف رحمه الله يقول : شهادة النساء بانفرادهن حجة ، لكن

(١) ف : اما ان كان قبل القبض او بعد القبض ٠
(٢) هـ : حتى يحلف البائع لان حق الردينبني ٠٠٠ اى بسقوط قول الحلواني من هذا الموضع واثباته بعد الانتهاء من قول ابى يوسف اى فى نهاية هذه المسالة بعد كلمة (بحجة ضعيفة) ٠
(٣) س : فأراه ٠
(٤) ف : فالقاضي لا يردها ٠
(٥) الزيادة من ص س ٠

حجة ضعيفة[١] ، فالعقد قبل القبض ضعيف ، ولهذا ملك المشتري رده بالعيب قبل القبض بغير قضاء ولا رضى ، فجاز ان يثبت[٢] فسخ عقد ضعيف بحجة ضعيفة[٣] •

[١٠٢٢] قال :

فان ادعى ان بعينها ريح السبل[٤] ، فالقاضى يريها[٥] العدول من الاطباء •

لان ريح السبل نوع من الرمد تعرفه الاطباء •

فان قالوا : نعم بها ذلك فان كان بعد القبض يحلف البائع على ذلك ، وان كان قبل القبض يرد على البائع بالاتفاق •

لان العيب ظهر بقولهم ؛ لان قول الرجال مما يثبت به العيب •

[١٠٢٣] قال[٦] :

وكل عيب يثبت عند الحاكم فأراد المشتري أن يرد[٧] على بائعه بذلك العيب ، فسأل القاضى ان يحكم له برده[٨] فان القاضى يستحلف

---

(١) ف : متعتعة •

(٢) س أن يثبت به •

(٣) هـ : بحجة ضعيفة قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني : وروي عن محمد ••• الى آخر قول الحلواني الذى مر قبل قليل •

(٤) ريح السبل قال الشيخ نجم‌الدين ابن حفص النسفي : (وريح السبل فى العين غشاء يغطى بصر العين من الاسبال وهو الارسال ، (طلبة الطلبة : ١١٢) •

(٥) ف ك : يري •

(٦) هذه المسألة سقطت من هـ الى آخر الباب •

(٧) ف ج : ان يرده •

(٨) ف : برد العيب •

المشتري : بالله ما علم بهذا العيب عند شرائه اياه ... الى آخر ما ذكر في الكتاب •

وهذا اذا ادعى البائع •

وان لم يدع البائع(١) فهو على الاختلاف الذى حكيناه غير مرة •

والله اعلم بالصواب [٢٣١ آ]

* * *

(١) عبارة (وان لم يدع البائع) سقطت من نسخة ص •

تم بعون الله وحسن توفيقه

طبع الجزء الثالث من كتاب شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الائمة حسام‌الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري الحنفي المعروف بالصدر الشهيد ، وذلك في يوم الثلاثاء التاسع من شهر مايس سنة ١٩٧٨م المصادف لليوم الاول من شهر جمادى الثانية من سنة ١٣٩٨هـ ، ويتلوه بحول الله وقدرته الجزء الرابع بتجزئتنا وهو الاخير وأوله الباب الخامس والسبعون في الشفعة ، نرجو الله أن ينفع به •

محيي هلال السرحان
محقق الكتاب

الفهـارس التفصيلية



١ ـ فهـرس الاعـلام[١]

(آ)

---

(١) الارقام التي وضعت بين قوسين (   ) تشير الى أن للشخص المذكور ترجمة أو احالة الى مصادر ترجمته ٠ هذا وقد اسـقط اعتبار الالفاظ : ابن ، أبو ، أم وغيرها كما اسقط اعتبار (ال) التعريف في أول الكلام ٠ ولم تدخل في هذه الفهارس أسماء كتب التخريج والترجمة والاحالات ٠ لكثرة ذلك وعدم جدواه ٠

(ب)

(ت)

(ث)

(ج)

(ح)

(خ)

(د)

(ذ)

(ر)

(س)

(ش)

(ص)

(ض)

(ط)

(ع)

(غ)

(ف)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(ن)

(و)

(هـ)

(ى)

٢ ـ فهرس الآيات القرآنية

سورة الزمر :

« ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

آية : ٧ ص . ١٢٧ .

« وهو على كل شيء وكيل » .

آية : ٦٢ ص : ٤٢١ .

سورة فاطر :

« ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

آية : ١٨ ص : ١٢٧ .

سورة (المؤمنون) :

« والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » .

آية : ٥ـ٦ ص : ١٢٧ ، ١٢٨ .

سورة المدثر :

« قالوا لم نك من المصلين » .

آية : ٤٣ ص : ١٣ .

سورة النجم :

« وان الظن لا يغني من الحق شيئا » .

آية : ٢٨ ص : ١٧ .

سورة النساء :

« ولكم نصف ماترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مماتركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد ... » الخ .

الآية : ١١ ص : ١٣٣ ، ١٣٤ ، ٢٥٥ .

سورة النور :

« والذين يرمون المحصنات ••• » •

آية : ٤ ص : ١٣٩ •

« ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » •

آية : ٢٣ ص : ٥٠ •

سورة يونس :

« ان الظن لايغني من الحق شيئا » •

آية : ٣٦ ص : ١٧ •

٣ ـ فهرس الاحاديث والآثار

ابراهيم التيمي عن أبيه :

خطبنا علي بن أبي طالب فقال : من زعم ان عندنا شيئا نقرأه الا كتاب الله وهذه الصحيفة (قال : وصحيفة معلقة في قراب سيفه) فقد كذب ، فيها أسنان الابل وأشياء من الجراحات وفيها قال النبي (ص) : المدينة حرم مابين عير وثور [جبلين في المدينة وثور في المدينة غير الذي في مكة] فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ومن ادعى الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا ... ٤٤٩-٤٥٠ .

ابراهيم النخعي :

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج : ٣ .

كأن يقال : العدل في المسلمين من لم تظهر منه ريبة : ٣ ، ١٦ .

انه كان يجيب في النكاح ولا يجيب في الشهود اذا سئل عنهم : ٤٤ .

ان شريحا لم يكن يرجع عن قضاء حتى حدثه الاسود ان عمر قضى في عبد كانت تحته حرة فولدت له أولادا ثم ان العبد أعتق . قال : الولاء لعصبة أمهم فأخذه شريح : ١٦٩ .

لا تشهد على صحيفة حتى تعلم مافيها فان كان عدلا شهدت وان كان جورا لم تشهد بها : ٣٣٩ .

الاحوص بن المفضل بن غسان بن المفضل عن أبيه عن جده :

أول من سال البينة على كتاب القاضي الى القاضي ابن أبي ليلى فأعجب

دلك سواء وقال . قد كنت أذهب الى هذا فكرهت ان أحدث شيئا لم يكن فأحدثه سوار : ٢٧٨ •

الاسـود :

ان عمر قضى في عبد كانت تحته حرة فولدت له أولادا ثم ان العبد اعتق قال : الولاء لعصبة أمهم : ١٦٩ •

الاصمعي :

سمعت عمر بن ابي زائده يقول : جئت الى اياس بن قاضي الكوفة بكتاب فختمه ودفعه الينا ووضعه في كمه فدفعناه الى الحسن حين استعدى فأرسل معنا حارسا الى العامل ••• الخ : ٢٨١ •

ابو امامة :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠–١٢١ •

ابو امامة الباهلي :

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته عام حجة الوداع : ان الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وحسابهم على الله ، ومن ادعى الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة الى يوم القيامة ••• الخ الحديث : ٤٥٠ •

الاشعث الحداني :

انه جاء رجل الى الحسن فقال : ان هذا رد شهادتي – يعني اياس بن معاوية ، فقام معه فقال : ياملكعان لم رددت شهادته ؟ أما بلغك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من استقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك مسلم ؟ فقلت ياشيخ ••• الخ : ١٤–١٥ •

أنس بن مالك :

من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تخفروا الله في ذمته : ١٤ .

من صلى صلاتنا ، واستقبل قبلتنا ، وأكل ذبيحتنا فذلكم المسلم : ١٤.

من ادعى الى غير أبيه ، أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين : ٤٥٠ .

اياس بن معاوية :

انه رد شهادة رجل فقال له الحسن ياملكعان لم رددت شهادته ... وفيه انه قال له بعد حديث طويل : أيها الشيخ أما سمعت الله يقول « ممن ترضون من الشهداء » وان صاحبك هذا ليس نرضاه : ١٤-١٥ .

انه قضى في يوم ثلاثين قضية ماصبر فيها يمينا ولا سأل فيها بينة : ١٥ .

انه قال : ان هذا الرجل قد أبى علي الا أن يوليني القضاء ... الخ ١٦ .

انه كان لايجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا التجار ولا الذين يركبون البحر ... الخ : ١٩ .

عزل اياس عن القضاء : ٢٨١ .

ابو البختري :

تبع شريحا رجل حتى بلغ بابه فقال له : ماهذا الذي أحدثت ياأبا أمية ؟ قال : ان الناس قد أحدثوا وأحدثت : ٢٣ .

بلال بن الحارث :

انه سمع عمر بن الخطاب يقول : لايغرنكم صلاة امرىء ولا صيامه ،

ولكن انظروا من اذا حدث صدق ، واذا أؤتمن ادى ، واذا أشفى ورع : ٤٩ .

تميم بن طرفة الطائي :

ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقـــه وليست في يد واحد منهما فأقام كل واحد منهما البينه أنها ناقته فجعلهـــا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين : ٢٢٦ .

جاء رجلان الى النبي (ص) يدعيان جملا فأقام كل واحد شـــهدين انه نتجه وانه له فقضى به بينهما : ٢٢٦ .

جــابر :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ .

لا تنكح الامة على الحرة ، وتنكح الحرة على الامة : ١٢٢ .

طاف رسول الله (ص) بالبيت في حجة الوداع على راحلته يســـتلم الحجر بمحجنه : ٢١١ .

جابر بن ســمرة :

ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وليست في يد واحد منهما فأقام كل واحد منهما البينة انها ناقته فجعلها رسول الله (ص) بينهما نصفين : ٢٢٦ .

ابو جمرة (أو ابو حمزة) عمران الاسدي :

قلت للشعبي : أسأل عن الرجل لا أرضاه فأي شي أقول ؟ قـــال : قل : الله أعلم : ٤٤ .

ابن أبي حدرد (عبدالله بن سلامة) :

انه كان ليهودي (وسماه الواقدي أبا الشحم اليهودي) عليه أربعـة دراهم فاستعدى عليه فقال : يامحمد ان لي على هذا أربعة دراهم وقـد

غلبني عليها فقال : « اعطه حقه » ، قال : والذي نفسي بيده ما أقـــدر عليها قد أخبرته انك تبعثنا الى خيبر فأرجو أن تغنمنا شيئا فارجع فاقضيه ، قال : « اعطه حقه » قال وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قال ثلاثا لم يراجع فخرج ابن أبي حدرد الى السوق وعلى رأسه عصابة وهو متزر ببرد فنزع العمامة عن رأسه فأتزر بها ونزع البردة فقال : اشتر مني هذه البردة فباعها منه بأربعة الدراهم فمرت عجوز فقــالت : مالك ياصاحب رسول الله ؟ فأخبرها فقالت : ها دونك هذا ببرد عليها طرحته عليـــه : ٦٦-٦٧ •

الحسن البصري (أبو سعيد الحسن بن يسار) :

انه كان يجيز شهادة من صلى ، الا أن يأتي الخصم بما يجرحه به : ١٢ •

انه قال لاياس بن معاوية وقد رد شهادة رجل : ياملكعان لم رددت شهادته ••• : ١٤ •

من استقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك مسلم : ١٤ •

انه شهد شهود على رجل فسأل الحسن ذلك الرجل ماتقول في هؤلاء؟ قال عدول مرضيون فقضى عليه فقال الرجل والله لقد قضيت علي بجور : قال ذلك عملك بنفسك شهدت انهم عدول مرضيون : ٥٥ •

تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة : ١٢٢ •

انه قبل كتاب القاضي ولم يسأل عليه البينة : ٢٨٠-٢٨١ •

انه جاء رجل الى الحسن البصري بوصية مختومة ليشهد عليهـــا ، فقال : ماتجد في هؤلاء الناس رجلين تثق بهما وتشهدهما على مافي كتابك هذا ؟ : ٣٣٧ •

كان الحسن يكره الشهادة على الوصية المختومة : ٣٣٧ •

قال الحسن : لا تشهد على صحيفة حتى تعلم مافيها فان كان عـدلا شهدت وان كان جورا لم تشهد بها : ٣٣٩ ٠

حسن بن صالح بن عيسى بن ابي عزة :

كان الشعبي يسأل الشاهد ان يجيء بمن يزكيه قال : لم يزل ذلك بعد قال : وكان الشعبي يجيز الكتاب المختوم يأتيه من القاضي : ٢٧٨ ٠

حسيل بن خارجة الاشجعي :

لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغزو خيبر ، لم يبـق أحد من يهود المدينة له دين على أحد من المسلمين الا لزمه ، وكان لابي الشحم اليهودي علي درهمان فاستعدى علي رسول الله صلى الله عليـه وسلم فقال : « الزمه حتى يؤدي اليك حقك » فعمدت الى شقيقة كـانت علي سنبلانية ٠٠٠ الخ الحديث : ٦٤-٦٥ ٠

انه قدم المدينة في جلب يبيعه فأتى رسول الله صلى الله عليه وسـلم فقال ياحسيل هل لك أن أعطيك عشرين صاع تمر على أن تدل أصحابي على طريق خيبر قال فأعطاني ، فذكر القصة فأسلمت ٠٠٠ الخ : ٦٤ ٠

انه صلى الله عليه وسلم قال له : أنت والله وأصحابك من الفقـراء المهاجرين الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف : ٦٥ ٠

وانه قال : اللهم انهم عالة فأغنهم وحفاة فأحملهم وعراة فأكسهم : ٦٥-٦٦ ٠

حنش بن معتمر :

ان رجلين ادعيا بغلة فجاء أحدهما بشاهدين وجاء الآخر بخمسـة فقال علي رضي الله عنه ان فيها قضاء وصلحا ، أما الصلح فأن تباع البغلة فيعطي هذا خمسة أسهم وهذا سهمين وأما القضاء فانه يستحلف كل واحد

من الخصمين فان تشاحا في اليمين أقرعت بينهما ثم أستحلف الذي قرع وذهب بالبغلة : ٢٣١-٢٣٢ .

ان علي بن أبي طالب لا يرجح بكثرة العدد : ٢٤١ .

ابو خازم القاضي (عبدالحميد بن عبدالعزيز) :

أحسن مانقل في صفة العدل ماروي عن أبي يوسف (يعقوب بن ابراهيم) قوله : العدل في الشهادة أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة ، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة : ٨ .

خالد الحذاء :

شهدت اياس بن معاوية فقضى في يوم ثلاثين قضية ماصبر فيها يمينا ، ولا سأل فيها بينة : ١٥ .

قال اياس ان معاوية : ان هذا الرجل قد أبى علي الا أن يوليني القضاء فمضيت معه حتى دخل على عدي بن ارطأة وأقمت حتى خرج ومعه شرطي ، فجاء حتى صلى ركعتين ثم جلس فقال للحرسي : قدم . فما قام حتى قضى بسبعين قضية : ١٦ .

ابو الدرداء :

ان رجلين اختصما الى أبي الدرداء في فرس فأقام كل واحد منهما شاهدين انه نتجه لا نعلم أنه باعه ولا وهبه فقضى به أبو الدرداء بينهما نصفين وقال : ما أحوج هؤلاء الى سلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس يقضي بين الناس نزلت السلسلة فأخذت بعنق الظالم . ٢٢٧-٢٢٨ .

انه قال : لا تكون عالما حتى تكون متعلما ولا تكون بالعلم عالما حتى

تكون به عاملا ، وكفى بك اثما أن لا تزال مخاصما ، وكفى بك اثما أن لا تزال ممارياً ، وكفى بك كاذبا أن لاتزال محدثا في غير ذات الله : ٤٠٠ ٠

ربيعة بن أبي عبدالرحمن :

قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل من قبل العراق فقال: جئتك لامر ماله رأس ولا ذنب ، قال عمر رضي الله عنه : وما هو ؟ قال : شهادات الزور ظهرت بارضنا قال : وقد كان ذلك ؟ قال : نعم فقال عمر رضي الله عنه : لا والله لايؤسر رجل من الاسلام بغير العدول : ١٧ ٠

زياد :

ان غلمانا تعاطوا فكسرت سن أحدهم ، فشهد اثنان على ثلاثة انهم كسروها ، وشهد الثلاثة على الاثنين انهما كسراها ، فقضى مسروق على الثلاثة بخمسي دية السن ، وقضى على الاثنين بثلاثة أخماسها : ٢٣٢ ٠

سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب :

تجوز الشهادة على الوصية المختومة : ٣٣٨ ٠

سعيد بن جبير :

قلت لابن عباس : ماذا صنعت ؟ ذهب الركاب بفتياك ، وقالت فيه الشعراء ٠٠٠ وفيه انه قال ابن عباس في المتعة : لا والله مابهذا أفتيت ، ولا هذا أردت ، ولا أحللتها الا للمضطر ، ولا أحللت منها الا ما أحل الله من الميتة والدم ولحم الخنزير : ١٢٨ ٠

ابو سعيد الخدري :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ ٠

سعيد بن المسيب :

لا تنكح الامة على الحرة الا أن تشاء الحرة فان طاعت الحرة فلهـا الثلثان من القسم : ١٢١-١٢٢ •

لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة : ١٢٢ •

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اختصم اليه قوم فاستوت بيناتهم في العدد والعدالة فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فقـال : اللهم أنت تقضي بينهم ثم قضى لمن خرج سهمه : ٢٢٨ •

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان الشهود اذا اسـتووا أقرع بين الخصمين : ٢٢٨ •

فتنت فاطمة [أي بنت قيس] الناس كانت للسـانها ذرابة فأسـتطالت على احمائها فأمرها رسول الله (ص) أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم : ٤٠٣ •

سفيان الثوري :

ان الضحاك بن قيس اختصم اليه في سلعة وجد بها الدبيلة وهو داء قديم فعرف انه ليس مما يحدث فقضى به على البائع قال : وكان شـريح يسأل البينة انه ابتاعه وبه ذلك الداء وقول الضحاك أحب الي من قـول شريح : ٤٧٦-٤٧٧ •

ام سلمة (ام المؤمنين) :

انكم تختصمون لدي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وانمـا أنا بشر مثلكم ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئا بغير حق فانما أقطـع له قطعة من النار : ١٧٢-١٧٣ •

لي فقال له شريح : اذهب الى الامير فخاصم اليه حتى أجيء فأشهد لك : ٩٤ .

قال شريح وقد سأله انسان الشهادة فقال : ائت الامير حتى أشهد لك : ٩٤ .

ان شريحا كان يقضي بالقضاء ثم يرجع عنه ، فيقضي بخلافه فلا يرد ماقضى به :١٦٨-١٦٩ .

ان ابن سيرين سمع شريحا يقول : اني لا أرد قضاء كان قبلي : ١٦٩ .

ان شريحا لم يكن يرجع عن قضاء حتى حدثه الاسود ان عمر قضى في عبد كانت تحته حرة فولدت له أولادا ثم ان العبد أعتق قال : الولاء لعصبة أمهم فأخذه شريح : ١٦٩ .

ان هناك قضايا رجع عنها ولم يرد ماقضى به : ١٦٩ .

انه اختصم اليه قوم في مهر فأقام هؤلاء البينة ان مهرهم ، وأقام هؤلاء البينة انه مهرهم نتجوه ، وهو في يد أحدهما ، فقضى شريح للذين هو في أيديهم وقال : الآخرون اولى بالشبهة : ٢٤٠ .

ان رجلين ادعيا دابة فأقام أحدهما البينة وهي في يده انه نتجها وأقام الآخر بينة انه دابته عرفها فقال شريح : الناتج أحق من العارف : ٢٤٠ .

ان شريحا قيل له في السلعة يوجد فيها الداء القديم : ان الناس يعلمون ذلك قال : فأتني برجلين من الناس انه باعك وبه ذلك الداء : ٤٧٧ .

الضحاك بن قيس :

انه اختصم اليه في جارية وجد بها الدبيلة وهي داء قديم يعـــرف انه ليس مما يحدث مثله فقضى به على البائع قال سفيان : قول الضحاك أحب الي من قول شريح اذا كان يعرف انه ليس مما يحدث مثله أن يرد بغير بينة : ٤٧٥ـ٤٧٧ .

ابو الطفيل (عامر بن واثلة) :

طاف رسول الله (ص) بالبيت في حجة الوداع على راحلته يســـتلم الحجر بمحجنه : ٢١١ .

عائشـــة :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠ـ١٢١ .

لا تنكح الامة على الحرة : ١٢١ـ١٢٢ .

تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة : ١٢٢ .

ان متعة النساء منسوخة نسختها آية الطلاق : ١٢٧ـ١٢٨ .

سئلت عن متعة النساء فقالت : بيني وبينكم كتاب الله قال وقــرأت هذه الآية : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » فمن ابتغى وراء مازوجه الله أو ملكه فقــد عــدا : ١٢٨ .

انكم تختصمون لدي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما أنا بشر مثلكم فمن قضيت له من مال أخيه شيئا بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار : ١٧٢ـ١٧٣ .

عامر بن واثلة = ابو الطفيل :

ابو عبدالرحمن بن عطية بن دلاف عن ابيه :

قال عمر بن الخطاب : لاتنظروا الى صيام أمريء ولا الى صلاته ولكن

انظروا الى صدق حديثه اذا حدث والى ورعه اذا أشفى والى أمانته اذا أوتمن : ٤٩ ٠

عبدالرحمن بن أبي ليلى :

جاء رجلان يختصمان الى أبي الدرداء في فرس أقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فقضى به بينهما نصفين ثم قال : ما أحوجكما الى مثل سلسلة بني اسرائيل كانت تنزل فتأخذ عنق الظالم : ٢٢٨ ٠

عبدالله بن جعفر بن أبي طالب :

ان عليا رضي الله عنه كان لايحضر الخصومة وكان يقول : ان لها قحما يحضرها الشيطان ، فجعل الخصومة الى عقيل ، فلما كبر ورق حولها الي فقال علي رضي الله عنه ماقضى لوكيلي فهو لي وما قضى على وكيلي فهو علي : ٣٩٨-٣٩٩ ٠

عبدالله بن الزبير :

ان ناسا من بني سليم اختصموا في معدن الى مروان وهو أمير المدينة فجاءت احدى الطائفتين بمثل ماجاءت به الاخرى فأمر مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم أي الطائفتين تحلف فحلفت احدى الطائفتين فقضى لهم بالمعدن : ٢٣٠ ٠

ان عبدالله بن الزبير أقرع بين من صلى من رقيق حين أعتقهم بعده وكانت البينة قد اختلفت في الاسماء واجتمعت في العدد : ٢٣٠-٢٣١ ٠

عبدالله بن عباس :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ ٠

لا تنكح الامة على الحرة : ١٢١-١٢٢ ٠

رجع ابن عباس عن القول بمتعة النساء : ١٢٧-١٢٨ ٠

انما كان المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها

معرفة فيتزوج المرأة بقدر مايرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح لـــه شيئه حتى اذا نزلت الآية : « الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم » قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام : ١٢٧ ٠

ان سعيد بن جبير قال له : ماذا صنعت ذهب الركاب بفتياك وقالت فيه الشعراء ٠ قال : وما قالوا ؟ قلت : قالوا ٠٠٠ وفيه شعر ثم ان ابـــن عباس قال انا لله وانا اليه راجعون ، لا والله مابهذا أفتيت ولا هذا أردت ولا أحللتها الا للمضطر ولا أحللت منها الا ما أحل الله من الميتة والدم ولحم الخنزير : ١٢٨ ٠

طاف النبي صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن : ٢١١ ٠

البينة على المدعي واليمين على من أنكر : ٢٤٢ ٠

كفى بك اثما أن لاتزال مخاصما : ٤٠٠ ٠

من انتسب الى غير أبيه ، أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين : ٤٤٩ــ٤٥٠ ٠

عبدالله بن عبيدالله بن ابي مليكة :

سألت عائشة رضي الله عنها عن متعة النساء فقالت : بيني وبينكم كتاب الله ٠ قال : وقرأت هذه الآية : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » فمن ابتغى وراء مازوجه الله أو ملكه فقد عدا : ١٢٨ ٠

عبدالله بن عتبة :

انه أتاه رجلان يختصمان في دابة في يد أحدهما فأقام كل واحد منهما البينة انها له ، فقال عبدالله : هي للمتلد : ٢٣٩ ٠

عبدالله بن عمر بن الخطاب :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ .

لا تنكح الامة على الحرة : ١٢١-١٢٢ .

بينما الناس في صلاة الصبح بقباء اذ جاءهم آت فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل عليه الليلة وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها وكانت وجوههم الى الشام ، فاستداروا الى الكعبة : ١٥٢ - ١٥٣ .

انكم تختصمون لدي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وانما أنا بشر مثلكم فمن قضيت له من مال أخيه شيئا بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار : ١٧٢-١٧٣ .

عبدالله بن عمرو بن العاص :

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم بدر في ثلثمائة وخمسة عشر فقال رسول الله (ص) اللهم أنهم حفاة فأحملهم ، اللهم انهم عراة فأكسهم ، اللهم انهم جياع فأشبعهم ففتح الله له يوم بدر فانقلبوا حين انقلبوا وما منهم رجل الا وقد رجع بجمل أو جملين واكتسوا وشبعوا : ٦٦ .

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢١ .

ان عبدالله بن عمرو أقرع بين قوم في امرأة من بني سعد بن بكر ثم من بني عوف حين اعتدلت البينة ، انكحها أخواها في يوم واحد وهي غائبة : ٢٢٩ .

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا ظنينا في ولاء أو نسب : ٢٦٤ .

عبدالله بن كعب بن مالك عن أبيه :

انه تقاضى ابن أبي حدرد دينا له عليه فمر بهما رسـول الله صلى الله عليه وسلم وهو يلازمه في المسجد فقال : « مالك ياكعب ؟ » فقال : يارسول الله دين لي على هذا فأشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن ضع عنه شطرا قال قد فعلت يارسول الله • قال : « قم فاد اليه حقه » : ٦٢-٦٣ •

عبدالله بن المبارك :

من غلبت حسناته على سيئاته ، قبلت شهادته : ٤٦ •

ان عمر بن الخطاب قال : لايغرنكم صلاة امرىء ولا صيامه ، ولكن انظروا من اذا حدث صدق ، واذا اؤتمن أدى ، واذا اشفى ورع : ٤٩•

عبدالله بن مسعود :

ان الامة لاينبغي لها أن تتزوج على الحرة : ١٢٢ •

ان متعة النساء نسختها آية « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » : ١٢٨ •

عبدالملك بن يعلى الليثي البصري (قاضي البصرة) :

تجوز الشهادة على الوصية المختومة : ٣٣٨ •

عبيد بن ام كلاب :

سمعت عمر بن الخطاب وهو يخطب يقول : لايعجبنكم من الرجل طنطنته ، ولكن من أدى الامانة الى من ائتمنه ، ومن سلم الناس من يده ولسانه : ٤٩ •

عروة بن الزبير :

ان ناسا من بني سليم اختصموا في معدن الى مروان بن الحكم وهو

أمير بالمدينة يومئذ فأمر مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم أيهم يحلف فطار السهم على احدى الطائفتين فأحلفهم ابن الزبير فحلفوا فقضى لهم بالمعدن وذلك ان الشهود استووا فلم يدر بأيهم يأخذ : ٢٣٠ •

علي بن أبي طالب :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ •

لا تنكح الامة على الحرة : ١٢١-١٢٢ •

ان الامة لاينبغي لها أن تتزوج على الحرة : ١٢٢ •

ان متعة النساء منسوخة بآية « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » : ١٢٨ •

ان رجلا من الحي خطب امرأة وهو دونها في النسب والحسب فأبت أن تتزوجه فادعى انه تزوجها وأقام شاهدين عند علي رضي الله عنه فقالت : اني لم أتزوجه فقال : قد زوجك الشاهدان وقضى عليها بالنكاح • قال عمرو فتزوجها الرجل بعد ذلك : ١٧٥-١٧٦ •

ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يقضي من الشهادة اذا كانوا سواء أنه يقرع بينهم أيهم يحلف : ٢٢٩ •

ان رجلين ادعيا بغلة فجاء أحدهما بشاهدين وجاء الآخر بخمسة فقال علي رضي الله عنه ان فيها قضاء وصلحا أما الصلح بأن تباع البغلة فيعطي هذا خمسة أسهم وهذا سهمين وأما القضاء فانه يستحلف كل واحد من الخصمين فان تشاحا في اليمين أقرعت بينهما ، ثم استحلف الذي قرع وذهب بالبغلة : ٢٣١-٢٣٢ •

انه قال : ان كانت السلعة في يد أحدهما وجاء بشاهدي عدل كانت له وان جاء الآخر بأكثر من ذلك : ٢٤٠-٢٤١ •

انه وجد درعا لرجل من قريش قتل يوم الجمل ، فوجدهـــا مع عبدالله بن قفل التيمي فقال : هات الدرع فانها لرجل من قريشـــس قتل يوم الجمل فقال عبدالله : اشتريتها بأربعة آلاف ٠٠٠ وفيه انهمـا تخاصما الى شريح وان شريحا اتهم المولى ٠٠٠ ٢٦٢-٢٦٣ ٠

ان الامام علي تقاضى الى شريح في درع وان شريحا رد شهادة الحسن لانه ابنه : ٢٦٣ ٠

ان عليا وكل عقيلا بالخصومة وبعد ما أسن وكل عبدالله بن جعفـر وقال : ماقضى لوكيلي فهو لي وما قضى على وكيلي فهو علي : ٣٩٨ – ٣٩٩ ٠

ان عليا قال : ان للخصومة قحما : ٣٩٨ ، ٣٩٩ ٠

انه انما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حضر الجواب : ٤٠١ ٠

ان عليا خطب فقال : من زعم ان عندنا شيئا نقرأه الا كتاب الله وهذه الصحيفة فقد كذب ٠٠٠ : ٤٤٩-٤٥٠ ٠

المدينة حرم مابين عير وثور فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثـا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل الله منه يوم القيـــامة صرفا ولا عدلا : ٤٥٠ ٠

ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم : ٤٥٠ ٠

من ادعى الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة اللهوالملائكة والناس أجمعين لايقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا : ٤٥٠ ٠

علي بن مدرك :

اختصم الى الضحاك بن قيس في سلعة وجد بها الدبيلة وهو داء قديم انه ليس مما يحدث فقضى به على البائع : ٤٧٦-٤٧٧ ٠

عمر بن الخطاب :

انه سأل رجلا عن رجل فقال : لا نعلم الا خيرا ، فقال عمر رضي الله عنه : حسبك : ٩ •

انا لا نقبل الا العدول : ١٧ •

والله لايؤسر رجل في الاسلام بغير العدول : ١٧ •

انه كتب الى أبي موسى الاشعري : ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلودا حدا أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة : ١٨ •

انه كان اذا أنعم ان يمدح الرجل قال : ماعلمنا الا خيرا : ٤٥ •

لاتغرنكم طنطنة الرجل في صلاته انظروا الى حاله عند درهمه وديناره : ٤٨-٤٩ •

لايعجبنكم من الرجل طنطنته ولكن من أدى الامانة الى من أئتمنه ومن سلم الناس من يده ولسانه : ٤٩ •

لاتنظروا الى صيام أحد ولا صلاته ولكن انظروا الى صدق حديثه اذا حدث وأمانته اذا اوتمن وورعه اذا أشفى : ٤٩ •

لايغرنكم صلاة امرىء ولا صيامه ولكن انظروا من اذا حدث صدق واذا اؤتمن أدى واذا أشفى ورع : ٤٩ •

ان عمر قضى في عبد كانت تحته حرة فولدت له أولادا ثم ان العبد أعتق قال : الولاء لعصبة أمهم : ١٦٩ •

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا ظنينا في ولاء أو نسب : ٢٦٤ •

عمر بن ابي زائدة الوادعي الكوفي :

جئنا بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل

اياس واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني بينة عليه ففتحه ونشره فرأى لي وفي رواية فوجد لي شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة درهم فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الى زياد فقل له ارسل الى فلان بن فلان فيخذ له منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا فذهب بي ففعل : ٢٨٠-٢٨١ •

عمر بن عبدالعزيز :

انه اشترط في كتاب القاضي الى القاضي أن يكون الختم معروفا : ٢٧٩-٢٨٠ •

عمرو بن خارجة :

كنت تحت ناقة النبي صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول : من ادعى الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه رغبة عنهم فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل منه صرف ولا عدل : ٤٥٠ •

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده :

ان عبدالله بن عمرو أقرع بين قوم في امرأة من بني سعد بن بكر ثم من بني عوف حين اعتدلت البينة أنكحها أخواها في يوم واحد وهي غائبة : ٢٢٩ •

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه : ٢٤٢ •

المسلمون عدول بعضهم على بعض الا ظنينا في ولاء أو نسب : ٢٦٤ •

عيسى بن موسى بن محمد بن عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب :

انه قال : أتجيز أهل الاهواء ؟ قلت : نعم وأراهم لذلك أهلا وانما أدخلهم في الاهواء الدين الا الخطابية : ٢٠-٢١ •

فاطمة بنت قيس :

انها قالت طلقني زوجي ثلاثا ووكل أخاه بنفقتي وخرج الى اليمن

فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي النفقــة ولا السكنى : ٤٠١-٤٠٢ •

قتـــادة :

ان عبدالملك بن يعلى قاضي ا لبصرة سئل عن الرجل يكتب وصيتـه ثم يختمها ثم يقول : أشهدا على مافيها ، قال : جائزة : ٣٣٨ •

ابو قلابة :

ان عمر بن الخطاب قال : لاتنظروا الى صيام أحد ولا صلاته ولكـن انظروا الى صدق حديثه اذا حدث وأمانته اذا اؤتمن وورعه اذا أشفى: ٤٩ •

لا تشهد على صحيفة حتى تعلم مافيها فان كان عدلا شهدت وان كان جورا لم تشهد بها : ٣٤٠ •

كعب بن مالك :

انه تقاضى ابن أبي حدرد دينا له عليه فمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يلازمه في المسجد فقال : « مالك ياكعب ؟ » فقال : يارسول الله دين لي على هذا : فأشار اليه النبي صلى الله عليه وسـلم أن ضع عنه شطرا قال : قد فعلت يارسول الله قال : « قم فأد اليه حقه : ٦٢-٦٣ » •

ابن ابي ليلى :

تندفع الخصومة عن المدعى عليه الذي يدفع بالوديعة أو الاجارة بدون البينـة : ٢٧٠ •

ان ابن أبي ليلى أول من سأل البينة على كتاب القاضي الى القاضي : ٢٧٨ •

مالك بن انس :

ان ربيعة بن أبي عبدالرحمن قال قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل من قبل العراق فقال : جئتك لامر ماله رأس ولا ذنب ••• شهادات الزور : ١٧ •

لاينبغي لحر أن يتزوج أمة وهو يجد طولا لحرة ، ولا يتزوج أمة اذا لم يجد طولا لحرة الا أن يخشى العنت : ١٢١ •

محمد بن سيرين :

عن شريح قال : اذا طعن الرجل في الشاهد قال : لا أجيز عليك شهادة خصم ولا دافع مغرم : ١٠ •

سمعت شريحا يقول : لا أجيز عليك شهادة الخصم ولا الشريك ••• ١٠ •

ان شريحا قال : لا خير في شهادة خصم : ١٠ •

ان شريحا قال : ادع ماشئت وأنت بشهود عدول فانا قد أمـــرنا بالعدول ، وأنت فسل عنه ••• : ١٠ •

أول من سأل في السر شريح فقيل له ياأبا أمية : أحدثت ، فقال : أحدثتم فأحدثنا : ٢٣ •

ان رجلا خاصم الى شريح وعند شريح له شهادة فقال شريح للرجل: خاصمه للامير حتى أشهد لك : ٩٤ •

سمعت شريحا يقول : أني لا أرد قضاء كان قبلي : ١٦٩ •

ان رجلين اختصما الى شريح في دابة فأقام كل واحد منهما البينة انها له وأنه نتجها فقال شريح هي للذي في يديه ، الناتج أحق من العارف : ٢٤٠ •

محمد بن عبدالرحمن النوفلي :

قلت لاياس بن معاوية : أخبرت انك كنت لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا التجار ولا الذين يركبون البحر قال أجل ... الحديث : ١٩ .

محمد بن كعب :

ان ابن عباس قال : انما كان المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر مايرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى اذا نزلت الآية « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام : ١٢٧ .

مروان بن الحكم :

ان ناسا من بني سليم اختصموا في معدن اليه وهو أمير المدينة فجاءت احدى الطائفتين بمثل ماجاءت به الاخرى فأمر مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم أي الطائفتين تحلف فحلفت احدى الطائفتين فقضى لهم بالمعدن : ٢٣٠ .

المزني (أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى) :

قال في العدل : ان كان غالب أفعاله موافقا للشريعة ويكون حافظا للمروءة يكون جائز الشهادة : ٧ .

مسروق :

ان غلمانا تعاطوا فكسرت سن أحدهم فشهد اثنان على ثلاثة انهم كسروها ، وشهد الثلاثة على الاثنين انهما كسراها فقضى مسروق على الثلاثة بخمسي دية السن وقضى على الاثنين بثلاثة أخماسها : ٢٣٢ .

مطرف :

ان الشعبي قال : ليس على المطلوب بينة : ٢٤١ .

معتمر عن ابيه :

انه كان الحسن قاضيا فكان يجيز شهادة المسلمين بعضهم على بعض الا من جرحه الخصم : ١٢ ٠

مكحول :

انه قال : اذا كان الذي يختصمون فيه بيد أحدهما مع شاهديـه كان هو الذي يحلف : ٢٤١ ٠

منصور بن المعتمر :

قلت لابراهيم : ما العدل من المسلمين ؟ قال : الذين لم تظهـر لهم ريبة : ٣ ، ١٦-١٧ ٠

ابو موسى الاشعري :

ان عمر بن الخطاب كتب اليه ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلودا حدا أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة : ١٨ ٠

لاتنكح المرأة على عمتها : ١٢٠-١٢١ ٠

ان رجلين ادعيا بعيرا فأقام كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما : ٢٢٦ ٠

الهرماس بن حبيب التميمي العنبري عن ابيه عن جده :

انه وفد على النبي صلى الله عليه وسلم قال ٠٠٠ رجل فظلمني فقدمته الى النبي (ص) فأمرني بملازمته : ٦٧ ٠

أتيت النبي (ص) بغريم لي فقال لي : « الزمه » ثم قال لي : « ياأخا بني تميم ماتريد ان تفعل بأسيرك ؟ » : ٦٧-٦٨ ٠

ابو هريرة :

لا تنكح المرأة على عمتها : ١٢٠ ، ١٢١ •

انكم تختصمون لدي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما أنا بشر مثلكم ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئا بغير حق فانما أقطع لـــه قطعة من النار : ١٧٢-١٧٣ •

اختصم الى النبي صلى الله عليه وسلم رجلان أحدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها ، فلم يلبث العالم أن قضي له ، فقام المقضي له وبقي المقضى عليه فقال : والله الذي لا اله الا هو ان حقي لحق ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم علي بالرجل ••• الى آخر الحديث وفيه : من اقتطع بخصومته وجدله مال امرىء مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من النار : ١٧٣-١٧٥ •

ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وليست في يد واحد منهما فأقام كل واحد منهما البينة انها ناقته فجعلها رســـول الله (ص) بينهما نصفين : ٢٢٦ •

ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء كـــل واحد منهما بشهود عدول وفي عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اللهم اقض بينهما : ٢٢٨ •

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه : ٢٤٢ •

هشـام :

قال ابن شبرمة : وضعت ثلاثة أشياء لم يعمل بها أحد قبلي ولم يتركها أحد ممن بقي بعدي : المسألة عن الشهود في السر واثبات الحجج ، وتحلية الشهود : ٢٣ •

هشام بن عروة عن ابيه :

ان ناسا من بني سليم اختصموا في معدن الى مروان وهو أمير المدينة فجاءت احدى الطائفتين بمثل ماجاءت به الاخرى فأمر مروان عبدالله بن الزبير فأسهم بينهم أي الطائفتين تحلف فحلفت احدى الطائفتين فقضى لهم بالمعدن : ٢٣٠ .

هشيم :

سمعت ابن شبرمة يقول : ثلاث لم يعمل بهن أحد قبلي ، ولــن يتركهن أحد بعدي : المسألة عن الشهود ، واثبات حجج الخصمــين ، وتحلية الشهود في المسألة : ٢٣ .

أخبرني عمر بن أبي زائدة قال أتيت الحسن وهو قاض يومئذ بكتاب من بعض القضاة قال فقبله وقضى بما فيه ، ولم يذكر انه سأله على الكتاب بينة : ٢٨١ .

أبو يوسف القاضي (يعقوب بن ابراهيم) :

العدل في الشهادة أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه ... : ٨ .

ان كان أكثر أمور الانسان حسنة فهو عدل اذا كان الذي يكون منه من القبيح ليس من الكبائر : ٤٨ .

يونس :

جاء رجل الى الحسن البصري بوصية مختومة ليشهد عليها فقــال : ماتجد في هؤلاء الناس رجلين تثق بهما وتشهدهما على مافي كتابك هذا ؟ : ٣٣٧ .

كان الحسن يكره الشهادة على الوصية المختومة : ٣٣٧ .

أحاديث مجهولة الراوي :

ان رجلا عدل رجلا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أكنت شاركته ، أو عاملته ، أو سافرت معه ؟ » فقال الذي عدله : لا . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لم زكيته ؟» : ٤٦-٤٧ .

٤ ـ فهـرس الابيـات الشـعرية

قال عيسى بن موسى بن محمد بن عبدالله بن العباس بن عبدالمطلب :

خيرت أمرين ضـاع الحـزم بينهما
أما الضيـاع وأمـا فتنـة عمـم

وقد هممت مرارا أن أسـاقيهم
كأس المنيـة لولا الله والرحـم

ولو فعلت لزالت عنهـم نعـم
بكفـر أمثالها تسـتنزل النقـم

انظر ص ٢٠

وقال أحـدهم :

أقول للشيخ لما طال مجلسـه
ياصاح هل لك في فتيـا ابن عباس

هل لك في رخصة الاطراف آنسـة
تكون مثواك حتى مصـدر الناس

انظر ص ١٢٨

٥ ـ فهرس المصطلحات والمواد اللغوية والحضـارية

(آ)

(ب)

(ت)

(ج)

(ح)

(خ)

(د)

(ذ)

(ر)

(ز)

(س)

(ش)

(ص)

(ض)

(ط)

(ظ)

(ع)

(غ)

(ف)

(ق)

(ك)

(ن)

(و)

(هـ)

(ى)

٦ ـ فهرس الكتب والرسائل

(آ)

(ب)

(ت)

(ج)

(ح)

(خ)

(د)

(ز)

(س)

(ش)

(ص)

(ظ)

(ن)

(هـ)

(و)

٧ ـ فهرس المواضع الجغرافية

(م)

(هـ)

٨ ـ فهرس موضوعات الجزء الثالث

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ٦٥٦ لسنة ١٩٧٨
١٩٧٨/٦/١٠

٩ ـ فهرس الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦	الرابع من الحاشية	فما قال حتى	فما قام حتى
٢٠	الاخير من الحاشية	ولو شعلت	ولو فعلت
٢٤	١	يرد	يريد
٦٦	١٧	وخرثي والخرثي	وخرثى ، والخرثى
١١٩	الاخير من الحاشية	ينفذ(٦)	ينفذ(٧)
١٢١	الاول من الحاشية	وابن سعيد	وابي سعيد
١٢٨	١٨	الفضل بن عبدالجبار على بن الحسن	الفضل بن عبدالجبار، ثنا على بن الحسن
١٤٦	٢	اليمن	اليمين
١٤٨	قبل الاخير	واشتهد	واشتهر
١٥٣	الاول من الحاشية	لى الشام	الى الشام
٢٣٩	٢	الغرس	الفرس
٢٨٩	٥	مصاحبه	نصاحبه
٣٣٨	الخامس من الحاشية	والزهرى موسى	والزهرى وموسى
٤٣٧	الاخير من المتن	فاخرجه	فاخراجه
٤٥٠	١٢	جمعين	اجمعين

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم







